

**O Recurso de Amparo: um estudo sobre a sua necessidade na
ordem jurídica portuguesa**



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**Dissertação para a obtenção do grau de mestre em Direito e
Prática Jurídica, especialidade Ciências Jurídico-Forenses**

Orientação Científica: Professor Doutor Miguel Prata Roque

Mestranda: Daniela Alexandra dos Santos Cruz

Lisboa, 2018

À minha mãe,
por me mostrar a importância do amor, da família,
da fé, da persistência e por ser o meu alicerce.

*“Não tenha medo de pensar diferente dos outros,
tenha medo de pensar igual e descobrir que todos estão errados”*

- Eça de Queiroz

Agradecimentos

Este trabalho não estaria concluído se não fosse um conjunto de pessoas que se mantiveram sempre ao meu lado, apoiando-me incondicionalmente.

Em primeiro lugar, agradecer ao Professor Doutor Miguel Prata Roque pela sua orientação e supervisão neste trabalho de investigação científica.

Agradecer a todos os colegas de faculdade, pelo bom convívio, pelas boas discussões doutrinárias das questões e pela alegria que a faculdade me proporcionou:

-Em especial à Anastasiya Myrna, pela amizade profunda que criamos, pelos conselhos, por estar presente nos bons e nos maus momentos, e desejar-lhe boa sorte uma vez que nos encontramos em pé de igualdade.

Às minha colegas de casa, por todos os ótimos momentos vividos na residência artilharia um, e por continuarem presente no meu trajeto.

Às amigas que ao longo de toda a minha vida me acompanharam e me deram uma força inigualável: à Patrícia Filipe e Tânia Tavares.

Às pessoas que conheci ao longo do meu percurso que muito me ajudaram nesta longa caminhada:

À Mariana Machado pelas lições de vida, por me fazer descobrir que nem tudo é um mar de rosas, mas que existem sempre uma solução para os problemas, que existe sempre forma de seguir em frente!

À Elsa Serra, a minha meia-leca, pela sua atenção, apoio e carinho que me foi dado ao longo desta jornada.

Por fim, os meus profundos agradecimentos são dedicados à minha família:

Aos meus cunhados, por reforçarem o valor da família.

Às minhas irmãs e prima Maria, pela força e apoio ilimitado que me deram, por nunca me deixarem cair. Por me transmitirem que a família é o valor mais alto da sociedade, aquele que nunca devemos abdicar.

O Recurso de Amparo: um estudo sobre a sua necessidade na ordem jurídica portuguesa

Aos meus sobrinhos e afilhado, por me apresentarem um dos melhores sentimentos na vida e por me oferecerem o amor mais bonito e sincero que já recebi.

Aos meus padrinhos, pelos valores que sempre me transmitiram, pela dedicação e amor que têm por mim.

Ao meu pai, por enraizar em mim o valor do trabalho e que nunca nesta vida se deve desistir.

À minha mãe, por tudo o que fez e tem feito por mim, por me mostrar que o caminho é extenso, mas que vale a pena lutar por aquilo que mais ambicionamos, e por todo o amor e perseverança que evidenciou ao longo desta longa jornada.

Lista de abreviaturas

Ac.	Acórdão
BVerfGG	Lei do Tribunal Constitucional Federal
CE	Constituição Espanhola
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
Cf.	Conforme
CDS-PP	Centro Democrático Social- Partido Popular
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
GG	Constituição Federal Alemã
LOTG	Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional
LOTCE	Lei orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol
n.º	Número
Pág.	Página
PCP	Partido Comunista Português
p.e.	por exemplo
proc.	Processo
PS	Partido Socialista
PSD	Partido Social Democrata
pp.	Páginas
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tribunal Constitucional Espanhol
TCFA	Tribunal Constitucional Federal Alemão
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
ss.	Seguintes
Vide	ver

Índice

I.	Resumo.....	8
II.	Introdução	10
III.	Considerações iniciais	13
a.	O processo de fiscalização da constitucionalidade português	13
b.	O sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade	15
IV.	Conceito de amparo constitucional	17
V.	Recurso de amparo na qualidade de mecanismo na proteção dos direitos fundamentais ...	18
VI.	Experiência estrangeiras.....	19
a.	Alemã	19
b.	Espanhola	23
VII.	A necessidade do recurso de amparo em Portugal	31
VIII.	O Tribunal Constitucional e a sua jurisprudência	32
IX.	As Propostas de implementação de recurso de amparo em Portugal	35
X.	Doutrina contra a consagração do recurso de amparo em Portugal	37
a.	Argumentos contra a introdução do recurso de amparo e a sua refutação	38
XI.	Doutrina a favor da introdução do recurso de amparo em Portugal.....	48
a.	Argumentos a favor da introdução do recurso de amparo em Portugal	49
b.	Fundamentos constitucionais a favor do recurso de amparo.....	50
XII.	Propostas de modificação do sistema de fiscalização concreta vigente em Portugal.....	51
XIII.	Que Recurso de Amparo?	53
XIV.	Conclusão.....	54
XV.	Bibliografia	57

I. Resumo

Com esta dissertação pretende-se demonstrar a carência de um mecanismo de tutela efetiva dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico português, pois apesar de a justiça constitucional ter um balanço positivo, existem muitas violações de direitos fundamentais que não são tutelados pela jurisdição constitucional e, por isso, o estado português quando demandado no TEDH tem sido constantemente condenado por falta de proteção dos direitos fundamentais. Para tal, irá abordar primeiramente o sistema de fiscalização da constitucionalidade vigente, irá referir as experiências estrangeiras, alemã e espanhola, podendo tirar ilações numa possível consagração do recurso de amparo em Portugal, referirá o conceito de amparo constitucional, seguidamente a questão que tratará será o recurso de amparo na qualidade de mecanismo na protecção dos direitos fundamentais. Por conseguinte, mencionará as tentativas de implementação do recurso de amparo em Portugal, dado que em diversas revisões constitucionais existiu a tentativa de implementar o mecanismo no ordenamento jurídico, salientar que as iniciativas de projetos de revisão constitucional ocorreram tanto nos partidos de esquerda como de direita. Patenteará ainda a jurisprudência do Tribunal Constitucional, visto que ele consciente da carência de tutela dos direitos fundamentais construiu uma jurisprudência generosa tentando colmata-la, admitindo em determinadas situações a fiscalização da interpretação que o juiz comum faz de uma norma jurídica.

Contudo, como este tema não é unânime entre os autores portugueses apresentará os argumentos contra e a favor do recurso de amparo, mencionado também fundamentos constitucionais que possibilitam a introdução do mecanismo no ordenamento jurídico português, posto que alguns autores defendem que Portugal tem um “*quase-amparo/quasi-queixa constitucional*”, porque não esta expressamente consagrada, apenas dirigida contra decisões judiciais. Depois dos argumentos, abordará ainda as várias propostas que a doutrina portuguesa tem apresentado para alterar o atual sistema de fiscalização da constitucionalidade. No fim tentará responder à pergunta que recurso de amparo poderíamos ter em Portugal, com opinião de alguns autores.

Palavras-chave: Recurso de amparo; Queixa-Constitucional; Fiscalização da constitucionalidade; Tribunal Constitucional; Protecção dos direitos fundamentais;

Abstract:

This dissertation intends to demonstrate the lack of a mechanism for effective protection of fundamental rights in the portuguese legal system, because although constitutional justice has a positive balance, there are many violations of fundamental rights that are not protected by constitutional jurisdiction and, for that reason, the portuguese state when sued in the TEDH has been constantly condemned for lack of protection of fundamental rights. To do so, it will first address the system of review of constitutionality in force, will refer to the foreign, German and Spanish experiences, being able to draw conclusions on a possible consecration of the sustain appeal in Portugal, refer to the concept of constitutional protection, then the question that will be addressed the application for sustain as a mechanism for the protection of fundamental rights. Therefore, it will mention the attempts to implement the sustain remedy in Portugal, since in several constitutional revisions there was an attempt to implement the mechanism in the legal system, to point out that the initiatives of projects of constitutional revision occurred in both the left and right parties. He will also patent the jurisprudence of the Constitutional Court, since he is conscious of the lack of protection of fundamental rights and has built up a generous case-law that has tried to fill it, admitting in certain situations the supervision of the interpretation of the legal system of a common law.

However, as this issue is not unanimous among the portuguese authors, it will present arguments against and in favor of the appeal for sustain, also mentioned constitutional grounds that allow the introduction of the mechanism in the portuguese legal system, since some authors defend that Portugal has a "almost -sustain / almost-complaint constitucional ", because it is not expressly consecrated, directed against judicial decisions. After the arguments, it will also address the various proposals that portuguese doctrine has presented to change the current system of review of constitutionality. In the end, it will try to answer the question that amparo appeal could have in Portugal, with the opinion of some authors.

Key-word: sustain appeal; Constitutional Complaint; Inspection of constitutionality; Constitutional Court; Protection of fundamental rights;

II. Introdução

Com a experiência dos regimes totalitários e com as duas grandes guerras mundiais gerou-se uma orientação de consagração expressa nas constituições dos direitos fundamentais e a existência de uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, dado que nessa altura existiram muitas violações graves dos direitos fundamentais, a título de exemplo o direito de liberdade, uma vez que existiam muitos presos políticos sem qualquer fundamento. Por isso, em Portugal no surgimento da Constituição de 1976 se defendia o lema “não mais direitos fundamentais à medida das leis, mas sim leis à medida dos direitos fundamentais”, porque os direitos fundamentais, durante o Estado Novo, estavam sob alçada do legislador ordinário que por sua vez dispôs dos direitos como quis.

Assim após este quadro de desrespeito pelos direitos fundamentais nos regimes totalitários existiu um movimento de instauração de democracias, o que levou à generalização da justiça constitucional, rejeitando-se os estados autoritários. Em alguns países, seguindo o modelo sugerido por Kelsen¹, criaram órgãos jurisdicionais com a função exclusiva de fiscalização da constitucionalidade de atos dos poderes públicos². Esta ideia deve-se, como já mencionado, às razões históricas, pois ter um parlamento representativo da sociedade não é sinónimo que os direitos fundamentais serão respeitados, por isso surgiu a constitucionalização destes e a criação de um órgão autónomo³ para aferir a conformidade das leis com a constituição.

A justiça constitucional para conseguir respeitar o que foi estabelecido nas constituições tem delineado vários caminhos. Um desses caminhos é a consagração do princípio da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, esta opção foi acolhida por exemplo na Alemanha e em Portugal. Na Constituição Federal da Alemanha, doravante GG, foi o artigo 1.º, n.º 3 que vinculou o poder executivo, judicial e legislativo aos direitos

¹ É reconhecido na Europa após a segunda guerra mundial, é o modelo que possibilita os cidadãos de suscitarem eles próprios no Tribunal Constitucional questões de constitucionalidade.

² Tal como diz Maria Lúcia Amaral para Kelsen “... *quem deve levar a cabo a tarefa própria da justiça constitucional [...], na Europa [...] deve ela ser confiada a uma única instituição, especialmente vocacionada para o controlo de constitucionalidade.*”, in AMARAL, Maria Lúcia, “*Acesso de particulares à jurisdição constitucional*”, in Estudos de Homenagem ao Professor Dr. Jorge Miranda, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 706.

³ A regra geral é a criação de um Tribunal Constitucional.

O Recurso de Amparo: um estudo sobre a sua necessidade na ordem jurídica portuguesa fundamentais, já em Portugal foi o artigo 18.º, n.º 1⁴, da Constituição da República Portuguesa, doravante CRP, que implementou o princípio, sob influência alemã.

Para tornar aplicáveis os direitos fundamentais que estão consagrados nas Constituições, estas necessitam de “viajar” com a evolução da realidade constitucional, que é influenciada pela evolução da sociedade, ou mediante a introdução de institutos, mecanismos, ou medidas que permitam uma tutela real e efetiva dos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

Assim, grande parte dos países europeus consagrou um mecanismo de tutela dos direitos fundamentais, através do qual se pode recorrer de uma decisão dos poderes públicos por violação de direitos fundamentais, são exemplo, a Suíça, a Áustria, Espanha, Alemanha, entre outros. Esta tutela pode ser assegurada quer por via judicial ou constitucional, aliás alguns dos países implementaram as duas vias, é o que sucede na Espanha.

Salientar ainda, que a ideia de implementação de mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, não tem sido somente na Europa, mas sim no mundo inteiro, pois já são cerca de três dezenas de países que consagram este tipo de instituto.

Neste sentido, a investigação pretende indicar a carência e as deturpações da tutela dos direitos fundamentais que existe no ordenamento jurídico-constitucional português, pelo que será plausível de afirmar que é necessário fazer uma reforma do atual sistema de fiscalização da constitucional português, não obstante de se considerar que a reforma não seja urgente⁵, visto que no nosso ordenamento jurídico existem outras formas de proteger os direitos fundamentais, é o exemplo do contencioso administrativo.

Assim, este trabalho apresentará de uma forma breve como se encontra, nos dias de hoje, o sistema de fiscalização da constitucionalidade, mais concretamente o da fiscalização concreta. Abordará o conceito de amparo constitucional, logo de seguida irá

⁴ “Artigo 18.º, n.º 1. *“Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”*”

⁵ Neste mesmo sentido Catarina Santos Boltelho, “...nem seria intelectualmente honesto afirmar que a inserção de um recurso constitucional de amparo seja urgente para a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos. Todavia, entendemo-la como necessária para o seu aperfeiçoamento e potencialização.”, in “Haja uma nova jurisdição constitucional”, consultado online em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112724, no dia 24 de abril de 2018, às 22h15min, pág. 8.

debruçar-se acerca do recurso de amparo enquanto mecanismo de tutela dos direitos fundamentais.

Num estudo de direito estrangeiro, para tirar algumas ilações numa possível introdução de um mecanismo no nosso sistema, tanto positivas como negativas, irá expor os atuais regimes alemão e espanhol, que implementaram o mecanismo nos seus ordenamentos jurídico-constitucionais.

Ainda se verá qual a necessidade do recurso de amparo em Portugal, na sequência será feita uma cronologia das tentativas de introdução do recurso de amparo em Portugal, realizadas através de revisões constitucionais. Também será analisada a jurisprudência constitucional, que tem sido muito consciente das debilidades do sistema português e tem tentado corrigi-las através de uma jurisprudência humanitária para com os cidadãos e os direitos e liberdades fundamentais.

No desenvolvimento do presente trabalho, serão abordados os argumentos a favor e contra a consagração de um mecanismo de tutela dos direitos fundamentais, na sequência serão indicados os fundamentos constitucionais que apontam no sentido afirmativo da sua introdução.

Esta dissertação irá ainda mencionar quais as propostas que têm sido apresentadas pela doutrina, que defende a implementação do recurso de amparo no ordenamento jurídico português, para a remodelação do sistema de fiscalização concreta atual em Portugal. Não menos importante, tentará responder à questão que recurso de amparo será possível, idóneo em Portugal.

III. Considerações iniciais

a. O processo de fiscalização da constitucionalidade português

O processo de fiscalização português tem caráter misto e original, reunindo elementos de controlo do tipo concentrado com elementos de controlo do tipo difuso. Assim Portugal, de forma inédita⁶, acolhe um modelo misto, uma vez que o sistema português emerge da junção do modelo norte-americano da *judicial review*, “*na medida em que todos os tribunais são órgãos de fiscalização de constitucionalidade...*”⁷, e do modelo concentrado austríaco, “*na medida em que o Tribunal Constitucional é o supremo tribunal em questões de constitucionalidade, cabendo-lhe conhecer dos recursos para ele interpostos de decisões de aplicação ou desaplicação de normas com fundamento em inconstitucionalidade [...], proferidas pelos restantes tribunais das diferentes ordens ou espécies [...]. [...] Não foi assim acolhido um tipo de reenvio, a título incidental, da questão de constitucionalidade ao Tribunal Constitucional, com suspensão da instância a quo.*”⁸.

A influência do modelo norte-americano, que leva à presença do modelo difuso, encontra-se prevista no artigo 204.º, da Constituição da República Portuguesa, doravante CRP. Pois este estipula que todos os tribunais têm competência para conhecer e decidir de questões de constitucionalidade, ou seja, “*... todos os juízes são necessariamente juízes constitucionais, e não apenas os juízes do Tribunal Constitucional.*”⁹. Já o modelo concentrado, com influência do sistema austríaco, tem manifestação na criação do

⁶ Diversamente do que sucede, nos exemplos da Alemanha e Espanha, que consagraram modelos concentrados.

⁷ MENDES, Armindo Ribeiro, “*Relatório de Portugal*”, in I Conferência de Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha, separata do Boletim Documentação e Direito Comparado, n.º duplo 71/72, 1997, apud REGO, Carlos Lopes do, “*Os recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*”, Almedina, 2010, pág. 15.

⁸ MENDES, Armindo Ribeiro, “*Relatório de Portugal*”, in I Conferência de Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha, separata do Boletim Documentação e Direito Comparado, n.º duplo 71/72, 1997, apud REGO, Carlos Lopes do, “*Os recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*”, Almedina, 2010, pág. 15.

⁹ MIRANDA, Jorge, “*Manual de Direito Constitucional*”, Tomo VI: Inconstitucionalidade e garantia da Constituição, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pág. 244.

Tribunal Constitucional que é o órgão especialmente vocacionado para a defesa da Constituição.

Em Portugal os tribunais ordinários são considerados órgãos de justiça constitucional, o que faz com que estes tenham competência decidir num primeiro plano as questões de constitucionalidade, ficando o Tribunal Constitucional a funcionar como o órgão supremo da fiscalização da constitucionalidade, como a última instância de recurso.¹⁰ Assim, a última palavra é dada pelo Tribunal Constitucional, uma vez que este tem supremacia¹¹ sobre os tribunais ordinários, dado que é a ele que pertence especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional.

A fiscalização da constitucionalidade está restringida quase exclusivamente aos atos de índole normativo, afastando os atos de outra natureza. Estão compreendidas todas as normas, seja qual for a sua natureza, a fonte, a forma, a hierarquia, contanto que tenham natureza normativa jurídica e que estejam em vigor no ordenamento jurídico português.

Em Portugal nem todos os atos praticados pelo poder público têm a possibilidade de serem fiscalizados da sua conformidade com a constituição, nomeadamente os atos administrativos propriamente ditos, as decisões judiciais em si mesmas.

O sistema português de fiscalização da constitucional contém quatro possíveis mecanismos, nomeadamente:

- 1) Fiscalização preventiva da constitucionalidade, prevista no artigo 278.º, da CRP, na qual o Tribunal Constitucional pronuncia-se quanto à inconstitucionalidade de determinadas normas jurídicas, antes de estas entrarem em vigor no ordenamento jurídico;
- 2) Fiscalização sucessiva, concreta, consagrada no artigo 280.º, da CRP, pela qual qualquer tribunal pode julgar ou não quaisquer atos normativos inconstitucionais;

¹⁰ Assinalar-se que nos sistemas de inspiração austríaca quando é suscitada uma questão de inconstitucionalidade a um tribunal comum, o processo é suspenso e remete-se ao Tribunal Constitucional. Devendo o tribunal comum não aplicar a norma que o Tribunal Constitucional considere inconstitucional. Ou seja, os tribunais comuns nos modelos puramente concentrados não têm acesso direto à constituição, somente conhecem da inconstitucionalidade.

¹¹ Manifesta-se devido às funções que lhe foram atribuídas exclusivamente na defesa da CRP, nos casos de fiscalização concreta, abstrata e por omissão, e pelos artigos 210.º, n.º 1 e 212.º, n.º 1, da CRP quando estipula que o Supremo Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Administrativo são os órgãos superiores da hierarquia dos tribunais a que pertencem.

- 3) Fiscalização sucessiva, abstrata, estipulada no artigo 281, da CRP, na qual apenas o Tribunal Constitucional tem legitimidade processual passiva e o poder de declarar ou não a inconstitucionalidade da norma jurídica suscitada;
- 4) Fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, estabelecida no artigo 283.º, da CRP.

b. O sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade

O que se pretende neste ponto do trabalho é entender o procedimento de fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade, consagrado nos artigos 280.º, da CRP e 69.º e ss, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, doravante LOTC.

A fiscalização concreta *“consiste num mecanismo complexo de controlo jurisdicional da constitucionalidade ou da legalidade de normas plenamente vigentes, que tanto funciona por via de “incidente processual”, enxertado numa ação ou procedimento cautelar a correr termos perante tribunais reconhecidos pela ordem jurídica (204º, n. º1, da CRP), como opera, por via de recurso, através do qual o Tribunal Constitucional conhece decisões de aplicação ou desaplicação proferidas por aqueles tribunais”*¹².

Segundo Carlos Lopes do Rego os recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade observam a três traços fundamentais, designadamente:

- 1) Devem sempre reportar-se à impugnação de uma decisão de natureza jurisdicional, proferida por outro tribunal acerca da questão de inconstitucionalidade ou de legalidade “qualificada” que integra o objeto do recurso interposto para o Tribunal Constitucional;

¹² Roque, Miguel Prata, *“Fiscalização Sucessiva Concreta”*, in Enciclopédia da Constituição Portuguesa, Quid Juris, 2013, pág. 165.

- 2) Têm necessariamente objeto normativo, devendo incidir sobre normas ou interpretações normativas, relevantes para a dirimição do caso concreto submetido a apreciação jurisdicional;
- 3) Têm sempre carácter ou natureza instrumental, devendo a solução da questão de inconstitucionalidade ou de ilegalidade normativa, submetida à apreciação do Tribunal Constitucional recorrido acerca do caso concreto a dirimir no “*processo-base*”.¹³

Nos termos do artigo 280.º, n.º 6, da CRP e artigo 71.º, n.º 1, da LOTC, o recurso é circunscrito à questão de inconstitucionalidade e ilegalidade. No entanto, a questão de inconstitucionalidade pode ser conhecida oficiosamente pelo tribunal *a quo* ou pode ser desencadeada pelas partes, a decisão será tomada pelo juiz da causa, que desaplicará a norma, caso a considere inconstitucional. Referir que no sistema atual português o juiz não pode oficiosamente provocar questões de inconstitucionalidade diante do Tribunal Constitucional, dado que não está consagrado o mecanismo de reenvio prejudicial¹⁴, tal como defende Miguel Galvão Teles “ [...] *o que há de característico- e julgo que único relativamente a tribunais constitucionais propriamente ditos- consiste na circunstância de, entre nós, o acesso ao Tribunal Constitucional se efectuar por via de recurso, e não por via de incidente (em sentido estrito). [...] A essência do sistema de recurso pertence a possibilidade de iniciativa, pelas partes ou eventualmente também por quem assegure o interesse público, da submissão da questão de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional*”¹⁵. Destarte, à luz do artigo 72.º, n.º 1, da LOTC tem legitimidade para recorrer para o Tribunal Constitucional o Ministério Público e as pessoas que tenham legitimidade para interpor recurso da decisão proferida.

O sistema português de fiscalização concreta em Portugal contempla um sistema cassatório mitigado visto que o Tribunal Constitucional decide definitivamente a questão da inconstitucionalidade, no entanto reenvia depois o processo ao tribunal *a quo* para que reforme a sua decisão.

¹³ Cf. REGO, Carlos Lopes do, “*Os recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*”, Almedina, 2010, pág. 17.

¹⁴ Cf. CASTRO, Catarina Sarmiento e, “*O modelo português de justiça constitucional*”, Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

¹⁵ TELES, Miguel Galvão, “A competência da competência do Tribunal Constitucional”, in Legitimidade e legitimação da justiça constitucional, Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra, 1995, apud REGO, Carlos Lopes do, “*Os recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*”, Almedina, 2010, pág. 15.

Segundo a disposição do artigo 79.º - C, da LOTC, o Tribunal Constitucional só pode julgar inconstitucional ou ilegal a norma que a decisão recorrida tenha aplicado ou que tenha recusado a sua aplicação, fundamentando a sua decisão com violação de normas ou princípios constitucionais, ou seja, só pode intervir em matérias de natureza jurídico-constitucional, não devendo decidir questões de mérito de fundo do processo. Também não pode conhecer de matéria de facto do caso concreto, e não pode ainda apreciar questões suscitadas apenas no momento de interposição do recurso de constitucionalidade, sem existir possibilidade de o tribunal *a quo* se debruçar sobre estas. Caso contrário, o Tribunal Constitucional adquire uma função de conhecimento originário invés de funcionar como tribunal de recurso. A exceção a esta regra é quando o tribunal *a quo* omite a decisão acerca da questão inconstitucional suscitada durante o processo, nesta situação o Tribunal Constitucional¹⁶ tem entendido que o recurso de constitucional será admissível. A solução que o Tribunal Constitucional encontrou foi realizar uma ficção jurídica, ou seja, parte do pressuposto que a decisão do tribunal *a quo* foi desfavorável ao recorrente, possibilitando assim o recurso de constitucionalidade.

Uma das questões que tem sido controvertida na doutrina é o conceito de tribunal *a quo*, todavia o Tribunal Constitucional tem entendido que as decisões que advenham de “*um órgão com jurisdição reconhecida por norma legal e que o respetivo sistema de designação e funcionamento assegure a independência e a imparcialidade dos seus membros...*”¹⁷ são passíveis de recurso de constitucionalidade.

Os artigos 70.º, n.º 1, da LOTC e 280.º, n.º 1, da CRP ditam quais as decisões dos tribunais ordinários que são de possível recurso para o Tribunal Constitucional.

IV. Conceito de amparo constitucional

Em *lato sensu* considera-se amparo constitucional uma garantia constitucional à tutela jurisdicional de direitos e liberdades fundamentais.

¹⁶ Para ilustrar esta jurisprudência temos os exemplos do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/90, proc. n.º 291/89, relator: Conselheiro Alves Correia, do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 329/91, proc. n.º 105/91, relatora: Conselheira Assunção Esteves e do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 478/2011, proc. n.º 421/10, relatora: Conselheira Ana Maria Guerra Martins.

¹⁷ Roque, Miguel Prata, “*Fiscalização Sucessiva Concreta*”, ... op. cit., pág. 166.

Trata-se de uma garantia constitucional com uma natureza complexa, já que é concomitantemente, considerado um direito fundamental reconhecido constitucionalmente, e um mecanismo fundamental que tutela esse direito, que pretende assegurar a sua plena fruição, isto para os países que o consagram.

A garantia, nesta perspectiva, terá uma dupla dimensão, dado que pode surgir como um verdadeiro direito ou como uma verdadeira garantia, ou seja, será um “*direito-garantia*” fundamental do Homem.

V. Recurso de amparo na qualidade de mecanismo na proteção dos direitos fundamentais

O legislador tem ao seu dispor um variado leque de alternativas quando tem na sua tarefa de ponderação criar mecanismo de proteção dos direitos fundamentais. Das várias possibilidades, sobressaem o recurso de amparo ou a queixa constitucional, as quais se propagaram a muitos países. Todavia, em cada país há um modo de funcionamento, quer no que respeita ao catálogo de direitos fundamentais, à tramitação processual, à legitimidade processual ou qual o órgão que tem competência para admitir e decidir sobre o recurso ou a queixa.

Existem três modalidades de recurso de amparo jurisdicional: o amparo judicial; o amparo constitucional; o amparo internacional.

O amparo internacional é entregue ao Tribunal dos Direitos do Homem, doravante TEDH, que com disposição dos artigos 34.º e ss da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, doravante CEDH, e o Protocolo Adicional n.º 11 criou-se a queixa individual, assim não são só os Estados a poderem apresentarem queixa, refutando assim uma das críticas ao sistema da CEDH.

Relativamente ao amparo constitucional consiste na última instância na protecção dos direitos fundamentais e que tenciona solucionar um provável lapso da justiça ordinária. Este amparo tem três principais características, que o diferencia do amparo judicial, são elas a subsidiariedade, o que significa que o lesado no direito fundamental só pode interpor da ação para o Tribunal Constitucional quando esgotar a jurisdição ordinária, a

segunda é a especialização, pois só analisa as alegadas violações dos direitos fundamentais, a terceira é o facto de ter uma índole extraordinária, ou seja, tem de existir uma violação real e efetiva de um direito fundamental.

Como já referido, este mecanismo de protecção dos direitos fundamentais tem vindo a proliferar em diversos países, como exemplos temos a Alemanha, Espanha, Suíça, Áustria, Croácia, Rússia, México, Cabo Verde, Macau, entre outros.

Assim seguidamente irá se expor a realidade da Alemanha e da Espanha, como cada um consagrou o mecanismo e o seu modo de funcionamento.

VI. *Experiência estrangeiras*

a. Alemã

A queixa constitucional, doravante verfassungsbeschwerde, não foi introduzida, pela primeira vez, no ordenamento jurídico alemão pela Constituição Federal alemã (GG), mas sim pela Lei do Tribunal Constitucional Federal, doravante BVerfGG, a 12 de março de 1951. Só mais tarde, a 29 de janeiro de 1969, é consagrada pela GG na 19.º Lei de Revisão da Constituição Federal. Sucedeu desta forma porque aquando da aprovação da GG considerou-se a queixa constitucional como um instrumento dispensável¹⁸, pois o artigo 19.º, n.º 4, da GG, continha a consagração do direito à tutela jurisdicional, o que significaria que os direitos fundamentais estariam protegidos contra qualquer atuação das autoridades públicas, existindo assim uma protecção razoável. A constituição incluiu a queixa constitucional por razões históricas, em razão da experiência do regime nacional-socialista ficou claro que são necessários mecanismos efetivos e de aplicabilidade direta para a protecção dos direitos fundamentais.

A queixa constitucional encontra-se, atualmente, prevista no artigo 93.º, n.º 1, da GG, e nos artigos 90.º a 96.º, da BVerfGG.

¹⁸ Como relembra Ingo Von Münch “... un ex presidente del Tribunal Administrativo Federal, el professor Fritz Werner, llegó a preguntar si la larga era razonable permitirse en la República Federal de Alemania el “lujo jurídico” del recurso de amparo.”, in MÜCH, Ingo Von, “*El Recurso de Amparo Constitucional como instrumento jurídico y político en la Republica Federal de Alemania*”, pág. 279 e 280.

Segundo a disposição do artigo 90.º, n.º 3, da BVergGG, a queixa constitucional garante uma dupla via de protecção dos direitos fundamentais já que o mecanismo se efetiva quer a nível do estado federal, quer dos estados federados.¹⁹

A queixa constitucional é considerada um mecanismo de tutela de protecção dos direitos fundamentais contra intervenções lesivas do poder público, quer seja uma decisão administrativa, decisão judicial ou ato normativo²⁰. Sem embargo, o legislador não salvaguardou todos os direitos fundamentais em sentido material, mas sim exclusivamente os que estão consagrados na GG e os direitos de natureza análoga aos direitos fundamentais, elencados taxativamente no artigo 90.º, n.º 1, da BVergGG²¹, ou seja, apenas estes direitos fundamentais podem ser invocados para interposição da queixa constitucional²².

Para colocar um travão no aumento de número de queixas constitucionais, a jurisprudência constitucional alemã tem exigido que a lesão do direito fundamental seja cumulativamente: I) pessoal; II) atual e III) imediata.

No que respeita ao primeiro requisito, este resulta expressamente da GG e da BVergGG²³, e significa que a lesão do direito fundamental foi dirigida diretamente ao requerente da queixa constitucional, ou seja, foi o destinatário direto do ato. No que concerne ao segundo, a lesão deve decorrer no presente e não virtualmente no futuro. Já no que se refere ao terceiro, o ato deve produzir efeitos diretos e imediatos na esfera jurídica do lesado.

À luz do artigo 93.º, n.º 1 (4a), da GG e 90.º, n.º 1, da BVergGG qualquer pessoa pode propor a queixa constitucional com o argumento da lesão dos seus direitos fundamentais pelo poder público. Os estrangeiros também podem usufruir deste

¹⁹ No entanto, a queixa constitucional nos Estados Federados somente compreende os direitos fundamentais tutelados pela Constituição do Estado Federado. Segundo o artigo 100.º, n.º 3, da GG, se um tribunal constitucional de um Estado divergir de uma decisão do TCFA ou de um tribunal constitucional de outro estado deverá submeter a questão à decisão do TCFA, assim o tribunal constitucional do Estado Federado deverá guiar-se pela jurisprudência do TCFA, a norma consagra o princípio da interpretação e aplicação puniforme dos direitos fundamentais.

²⁰ Cfr. Artigo 90.º, da BVergGG.

²¹ Os direitos fundamentais tutelados pela GG são: Direito à resistência (artigo 20.º, n.º 4), igualdade de cidadania de todos os alemães (artigo 33.º), proibição de tribunais de excepção e direito ao juiz legal (artigo 101.º), direitos fundamentais do acusado de ser ouvido (artigo 103.º) e garantias jurídicas na privação da liberdade de ensino (artigo 104.º)

²² Nos termos do artigo 92.º, da BVergGG, o requerente na fundamentação deve indicar o direito que se tem como violado e a ação ou omissão do órgão ou autoridade que lesou a sua esfera jurídica subjetiva.

²³ Cfr. Artigo 93.º, n.º 1 (4b) e artigo 90.º, n.º 1, da BVergGG

mecanismo processual, desde que o direito fundamental em causa possa ser por ele invocado, isto é, o direito terá de ser extensível a pessoas que não tenham cidadania alemã. As pessoas coletivas de direito público, por razões que justificam a criação do mecanismo, teriam, à primeira vista, a sua legitimidade excluída, no entanto, a disposição do artigo 19.º, n.º 3, da GG não descarta que as pessoas coletivas de direito público tenham legitimidade para intentar uma queixa constitucional, assim o Tribunal Constitucional Federal Alemão, doravante TCFA, tem admitindo queixas constitucionais por pessoas de direito público que apresentam independência face ao Estado. Também os municípios e associações de municípios detêm legitimidade processual para formular uma queixa constitucional municipal, que segundo o artigo 93.º, n.º 1 (4b) e o artigo 91.º, da BVergGG²⁴ terá de ter como fundamento a violação do artigo 28.º, da GG²⁵ pela legislação federal ou pela legislação do Estado Federado respetivo.

Um dos requisitos é que o lesado, quando se sentir lesado de um direito fundamental por um ato do poder público, deve apresentar a sua queixa constitucional por escrito, indicando o ato ou a omissão do poder público que lesou o direito, deverá ainda explicitar qual o direito que alegadamente foi agredido, por fim ainda terá de expor a sua motivação.²⁶

Uma das características da queixa constitucionalidade alemã é a subsidiariedade²⁷, pois será necessário esgotar previamente as vias ordinárias vigentes no ordenamento jurídico, à luz dos artigos 94.º, n.º 2, 2ª parte, da GG e 90.º, n.º 2, 1ª parte, da BVergGG, convertendo a queixa constitucional num mecanismo extraordinário de protecção dos direitos fundamentais²⁸. Todavia, a BVergGG no seu artigo 90.º, n.º 2, 2ª parte consagra uma exceção ao princípio da subsidiariedade, assim será possível interpor uma queixa constitucional sem esgotamento prévio da via judicial caso exista uma relevância geral ou, quando a exigência de exaustão prévia dos recursos existentes provoque no requerente um prejuízo sério e irremediável. A jurisprudência desenvolveu, ainda, outra limitação

²⁴ O artigo faz a ressalva, tutelando o princípio da subsidiariedade, pois a queixa constitucional só pode ser intentada no TCFA quando não puder ser formulada no tribunal constitucional do Estado federado respetivo de acordo com a legislação desse Estado.

²⁵ O artigo 28.º, da GG refere-se à garantia da autonomia administrativa.

²⁶ Cfr. Artigo 23.º, n.º 1, e 92.º, da BVergGG.

²⁷ Esta característica revela que em primeiro plano na protecção dos direitos fundamentais estão tribunais ordinários, nos termos do artigo 19.º, n.º 4, da GG.

²⁸ Cfr. MÜCH, Ingo Von, “*El Recurso de...*”, *op.cit.*, pág. 269.

que é a hipótese de um recurso direto para o TCFA quando a queixa constitucional for contrária a uma jurisprudência firme, recente e unívoca dos tribunais ordinários²⁹.

A queixa constitucional está isenta de custas, porém em caso de utilização abusiva poderá ser sancionada com o pagamento de uma quantia monetária, até 2.600€ de limite máximo, segundo a disposição do artigo 34.º, da BVergGG.

Relativamente ao prazo, em regra geral, a interposição da queixa constitucional deverá ser de um mês a contar da notificação da decisão, da tomada de decisão ou da comunicação da mesma, dependendo do caso concreto³⁰. No entanto, se a queixa constitucional for formulada contra uma lei ou outro ato de poder público contra o qual não há via judicial aberta, o prazo será de um ano a contar da sua entrada em vigor ou da publicação³¹. Uma das causas mais constantes de inadmissibilidade da queixa constitucional prende-se com os prazos de interposição serem demasiado curtos, ou seja, a queixa constitucional é considerada inadmissível por ser apresentada fora do prazo.

Encontram-se previstas duas fases processuais perante o TCFA. Em primeiro lugar, o TCFA decide a admissibilidade da queixa³², em segundo lugar, em caso de a queixa ser admitida, passará a decidir sobre a procedência da mesma.

Desde logo, importa apontar que a análise do TCFA é limitada à questão de inconstitucionalidade³³, decidindo a respeito da compatibilidade constitucional do ato do poder público que lesou o requerente.

Assim, se a queixa constitucional for orientada contra uma decisão, v.g., uma decisão administrativa, o acórdão do TCFA que se encontre de acordo com o pedido pelo requerente, emitirá a anulação dessa decisão. Já se estiver perante uma decisão judicial, existem três possibilidades de efeito, são elas: i) o TCFA pronunciará a declaração de nulidade da legislação em causa quando compreender que a própria legislação que serviu de alicerce legal à decisão do tribunal é inconstitucional: ii) se deduzir que houve

²⁹ Cf. SILVA, Cláudia Alexandra dos Santos, “Um recurso de amparo em Portugal?”, in *O Direito*, ano 149, III, 2017, pág. 658.

³⁰ Cf. Artigo 93.º, n.º 1, da BVergGG.

³¹ Cf. Artigo 93.º, n.º 3, da BVergGG.

³² Cf. Artigo 93.º-A, n.º 2, da BVergGG, este prevê duas possibilidades de admissão, a alínea a) refere-se às queixas constitucionais que detenham uma relevância constitucional fundamental, isto é, só se tenciona admitir as queixas que possam proporcionar uma decisão útil para a elucidação e o aprimoramento do Direito Constitucional; por sua vez, a alínea b) concerne ao facto de a queixa outorga o reforço dos direitos referidos no artigo 90.º, n.º 1, da BVergGG.

³³ Cf. Artigo 81.º, da BVergGG.

O Recurso de Amparo: um estudo sobre a sua necessidade na ordem jurídica portuguesa

aplicação, por parte do tribunal, de modo inconstitucional, o TCFA revogará a decisão; iii) os tribunais ordinários subordinados à interpretação do TCFA, quando este considerarem que a constitucionalidade da legislação depende da sua interpretação em determinado sentido. Por fim, se a queixa for dirigida a uma lei, e for considerada procedente, o TCFA declarará a declaração de nulidade dessa lei³⁴.

Nos termos do artigo 31.º, n.º 1, da BVergGG a queixa constitucional tem uma vertente objetiva, ou seja, as decisões do TCFA “*vinculam todos os órgãos constitucionais do Estado Federal e dos Estados Federados, assim como todos os tribunais e autoridades.*”

A importância da queixa constitucional tem sido concludente, pois tem integrado os cidadãos, concedendo uma crescente consciencialização social sobre a temática dos direitos fundamentais e da sua protecção.³⁵

Contudo, tendo em consideração todas as vantagens e a importância da queixa constitucional na comunidade e no ordenamento jurídico alemão os dados não lhe são muitos favoráveis, uma vez que a taxa média de sucesso, nos últimos anos, ronda os 2%³⁶, sendo que a maior taxa presente desde 1987 é de 1990 com 17.09%. Constatar ainda o último dado estatístico disponível, do ano de 2017, a taxa é de apenas 1.86%.

b. Espanhola

O mecanismo recurso de amparo, como meio de defesa dos direitos fundamentais, foi consagrado em Espanha na Constituição Espanhola, doravante CE, de 1978. A introdução do recurso de amparo no ordenamento jurídico teve a influência do amparo mexicano, do modelo alemão, suíço, austríaco e a constituição espanhola de 1931³⁷.

³⁴ Cf. Artigo 95.º, da BVergGG.

³⁵ Cf. BOTELHO, Catarina Santos, “*A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais- Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*”, Almedina, 2010, pág.198.

³⁶Dados recolhidos em:

https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2017/gb2017/A-IV-2.pdf?__blob=publicationFile&v=2, no dia 30 de junho de 2018, às 00h33min.

³⁷ É fonte de inspiração devido ao artigo 121º, alínea b) que estabelecia o “recurso de amparo de garantías individuales”, sendo atualmente considerado o primeiro antecedente direto do recurso de amparo. No entanto, o recurso de amparo espanhol é um modelo concentrado, diferentemente do que estava previsto na Constituição de 1931.

O artigo 53.º, n.º2, da CE, inserido no capítulo IV que dispõe acerca das garantias das liberdades e dos direitos fundamentais, estipula que “*qualquer cidadão poderá obter a tutela das liberdades e direitos reconhecidos no artigo 14.º e na 1.ª Secção do Capítulo II perante os tribunais ordinários mediante um procedimento baseado nos princípios de preferência e sumariedade e, se for caso disso, através do recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional Espanhol*”.³⁸ Entretanto, à luz da disposição do artigo 161.º, n.º 1, alínea b), da CE, o Tribunal Constitucional Espanhol, doravante TCE, tem jurisdição em todo o território espanhol e tem competência para conhecer dos recursos de amparo referidos no artigo 53.º, n.º 2, da CE, por violação dos direitos e liberdades fundamentais. Já a Lei orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol, doravante LOTCE, estabelece no artigo 41º, nº.1 que “*os direitos e liberdades reconhecidos nos artigos 14.º a 29.º da constituição serão susceptíveis de amparo constitucional, nos casos e formas que esta Lei estabelece, sem prejuízo da sua tutela geral atribuída aos Tribunais de justiça. Igual protecção será aplicável à objecção de consciência reconhecida no artigo 30.º da Constituição*.”³⁹. Podendo concluir-se que a Constituição Espanhola deixa a regulamentação concreta para uma lei ordinária, uma vez que ela dispõe de uma forma sumária sobre o recurso de amparo constitucional⁴⁰, cabendo à LOTCE complementar a regulação do instituto.

Existem dois mecanismos de defesa dos direitos fundamentais, nos termos do artigo 53.º, n.º 52, da CE. Um será o recurso de amparo constitucional ou amparo extraordinário⁴¹, sendo o TCE competente para o conhecer, o segundo mecanismo é o amparo ordinário ou judicial⁴², que será da competência das várias ordens jurisdicionais ordinárias, por intermédio do estabelecimento de procedimentos especiais de defesa dos direitos fundamentais, fundados nos princípios de preferência e de sumariedade.

O âmbito de aplicação do recurso de amparo compreende a violação ou lesão efectiva dos direitos fundamentais e liberdades públicas consagrados na Secção I do Capítulo II do Título I da CE, no artigo 14.º, da CE, (direito à igualdade) e no artigo 30.º,

³⁸ Cf. BOTELHO, Catarina Santos, “*A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais...*”, *op. cit.*, pág.218.

³⁹ Cf. BOTELHO, Catarina Santos, “*A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais ...*”, *op. cit.*, pág. 218.

⁴⁰ A Constituição Espanhola somente regula os direitos suscetíveis de amparo, o órgão competente para ter o conhecimento dele, e que tem legitimidade para o interpor.

⁴¹ O recurso de amparo constitucional tem como influência o amparo previsto na Constituição Espanhola de 1931 e pela queixa constitucional alemã.

⁴² Por seu turno, o amparo ordinário está mais próximo do amparo consagrado no ordenamento jurídico mexicano.

da CE, (direito à objecção de consciência), por atuação das autoridades publicas. É ainda exigido que a violação não tenha sido reparada pelos tribunais ordinários, ou ainda que o acto ou omissão não tenha sido praticado pelos órgãos judiciais⁴³. No entanto, como acontece em todas as constituições extensas o legislador constituinte tem dificuldades em observar o princípio da essencialidade, assim, o TCE defendeu primeiramente que nem todo o conteúdo dos preceitos constitucionais merece dignidade ou materialidade constitucional.

O TCE não acolhe o designado “*contra - amparo*”, à luz dos artigos 41.º a 44.º, da LOTCE. Ou seja, se um direito ou liberdade fundamental for interpretado, por um tribunal comum, de uma forma mais abrangente do que a TCE tinha vindo a fazer, o que a decisão contrária aos seus interesses não poderá interpor recurso de amparo, exceto se com a interpretação da decisão haja violação ou lesão de outro direito ou liberdade fundamental, que esteja inserido no catálogo dos direitos fundamentais possíveis de interposição do recurso de amparo.

O recurso de amparo em Espanha tem como possível objeto “*as disposições, atos jurídicos, omissões ou simples comportamentos materiais dos poderes públicos do Estado, comunidades autónomas e demais organismos públicos de carácter territorial, corporativo ou institucional, assim como dos seus funcionários ou agentes*”, nos termos do artigo 41.º, n.º 2, da LOTCE, “*as decisões ou atos sem valor de lei, emanados de assembleias parlamentares ou de qualquer um dos seus órgãos, ou de assembleias legislativas das comunidades autónomas ou dos seus órgãos*”, à luz do artigo 42.º, da LOTCE, “*as disposições, atos jurídicos, omissões ou simples comportamentos materiais da Administração Pública e do Governo*”, segundo a disposição do artigo 43.º, n.º 1, da LOTCE, e em algumas circunstância, “*a violação de direitos e liberdades suscetíveis de amparo constitucional, que tiveram origem imediata e direta em um ato ou omissão de um órgão judicial*”, segundo o artigo 44.º, n.º1, da LOTCE.

⁴³ O amparo contra as decisões judiciais vem regulado nos artigos 43.º e 44.º, da LTOCE.

De realçar que o recurso de amparo constitucional espanhol não pode ter por objeto actos legislativos⁴⁴. Esta lacuna é diminuída com a figura da auto - questão de inconstitucionalidade⁴⁵.

Nos termos dos artigos 162.º, n.º1, alínea b), da CE e 46.º, da LOTCE existe uma dupla legitimação para interpor o recurso de amparo constitucional, devido à natureza mista dos direitos fundamentais, subjetiva e objetiva. Em virtude da peculiaridade subjetiva têm legitimidade para intentar os particulares lesados⁴⁶. É de frisar que os estrangeiros detêm também legitimidade ativa, sob a condição de que os direitos fundamentais que venham a evocar não estejam apenas tutelados constitucionalmente aos cidadãos nacionais. No entanto, terá de se ter presente que com a reforma de 2007 da LOTCE o artigo 41.º, n.º1 sofreu alteração, pelo que a expressão “*protege todos os cidadãos*” foi retirada o que pode significar a redução dos requerentes legitimados para a interposição do recurso de amparo. Contudo, a jurisprudência constitucional apontava no sentido de permitir que os estrangeiros pudessem interpor recurso de amparo, nomeadamente na situação de o requerente alegasse a violação do direito de extradição.

Por sua vez, se for em razão da faceta objetiva possuem legitimidade o Ministério Fiscal⁴⁷ e o Defensor Público⁴⁸, ou seja, é a eles a quem incumbe intentar o recurso de amparo constitucional no interesse de defesa dos direitos fundamentais de toda a comunidade, detendo uma legitimidade institucional.

Pode-se constatar os legitimados para intentar o recurso de amparo é amplo. No entanto, a estes a jurisprudência constitucional tem interpretado de uma forma bastante favorável e ampla, dado que a Constituição Espanhola no seu artigo 162.º, n.º 1, alínea b) apenas diz que estão legitimados “*Para interpor o recurso de amparo, todas as pessoas singulares ou coletivas que invoquem um interesse legítimo...*”, deste modo para se aduzir a violação ou lesão de um direito ou liberdade fundamental é necessário que a entidade em causa tenha capacidade jurídica, por outro lado podem intervir também no

⁴⁴ Cf. REYES, Manuel Aragón, “*Problemas del Recurso de Amparo*”, in Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, nº. 8, 2003, pág. 57.

⁴⁵ Procura impedir futuras violações dos direitos fundamentais, em consequência da sua aplicação a casos parecidos.

⁴⁶ Uma vez que o recurso de amparo foi introduzido para a proteção dos direitos fundamentais contra a atuação dos poderes públicos.

⁴⁷ À luz do artigo 124.º, n.º1, da CE, é ao Ministério Fiscal a quem cabe promover a ação de justiça em defesa da legalidade, dos direitos dos cidadãos e do interesse público tutelado pela lei.

⁴⁸ Segundo a disposição do artigo 54.º, da CE, é incumbido ao Defensor do Povo da protecção dos direitos dos direitos e deveres fundamentais.

processo de amparo constitucional razão as pessoas favorecidas com a decisão, ato ou facto em razão do qual foi formulado e aqueles que tenham um interesse legítimo quanto a este⁴⁹, segundo a disposição do artigo 47.º, n.º 1, da LOTCE. Destarte, para o TCE o requerente terá de ter um interesse legítimo, que seja afetado de forma real, pessoal e imediata.

O recurso de amparo constitucional espanhol tem três pressupostos: (i) o primeiro será o carácter extraordinário, significa que é indispensável que se esteja diante de uma violação real e efetiva de um direito ou liberdade fundamental elencado no catálogo como suscetível de amparo. De acordo com do artigo 41.º, n.º 3, da LOTCE, o TCE somente pode fazer valer pretensões que sejam direcionadas a restabelecer ou preservar os direitos ou liberdades em virtude dos quais se formou o recurso, não podendo assim o TCE conhecer de questões de legalidade ordinária conexas. O segundo pressuposto é natureza excecional, isto é, para que haja recurso de amparo ainda não pode ter existido a reparação da violação ou reparação do direito ou liberdade fundamental por meio do sistema ordinário de garantias. Dessarte, requer-se o prévio recurso aos tribunais ordinários e o esgotamento dos recursos jurisdicionais ordinários⁵⁰. O terceiro e último requisito é o carácter subsidiário do recurso de amparo constitucional, ou seja, o recurso de amparo constitucional não é uma alternativa aos recursos ordinários, é sim uma via sucessiva de defesa dos direitos e liberdade fundamentais. Todavia, a subsidiariedade⁵¹ tem de ser compatível com o princípio da segurança jurídica consagrado no artigo 9.º, n.º 3, da CE.

Em relação aos prazos de interposição do recurso de amparo constitucional, estes variam de acordo com as vias processuais utilizadas para aceder ao mesmo.

Caso a violação do direito ou liberdade fundamental tiver gênese num ato ou omissão da administração, após se verificar o esgotamento da vida judicial, o recurso de amparo constitucional pode ser intentado num prazo de vinte dias seguintes à notificação da decisão proferida pelo processo judicial, à luz do artigo 43.º, n.º 2, da LOTCE.

⁴⁹ Contrariamente ao que sucede na queixa constitucional, consagrada na Alemanha, na qual somente tem legitimidade ativa o titular do direito ou liberdade fundamental violado.

⁵⁰ Podendo concluir-se que a protecção dos direitos ou liberdades fundamentais em primeiro plano é da competência dos tribunais ordinários.

⁵¹ A maioria da doutrina defende que a subsidiariedade é um princípio geral implícito no sistema de tutela dos direitos fundamentais devido à redação do artigo 44.º, n.º 1, alínea a), da LOTCE. Contudo, alguns autores consideram que não deve ser entendido como um princípio inviolável, pois a CE não o impõe expressamente e através da interpretação sistemática dos artigos 41.º, n.º 3, 49.º, n.º 1, e 54.º, da LOTCE.

Quanto aos actos ou omissões de um órgão judicial que violem direitos ou liberdades fundamentais, depois de percorrer a via judicial, o prazo para interpor o recurso é de trinta dias a partir da notificação proferida pelo processo judicial, segundo a disposição do artigo 44.º, n.º 2, da LOTCE.⁵²

No que concerne aos atos sem valor de lei, emanados das assembleias ou de qualquer dos seus órgãos, ou das Assembleias Legislativas das Comunidades Autónomas, ou dos seus órgãos, não é necessário invocar a lesão do direito, nem esgotar a vida judicial, podendo o recurso ser intentado num prazo de três meses desde que, de acordo com as normas internas das Câmaras ou Assembleias, as decisões ou atos sejam definitivos, conforme o artigo 42.º, da LOTCE.

Com passar dos anos da introdução do recurso de amparo constitucional no ordenamento jurídico espanhol houve uma necessidade de reforma-lo, já que o ritmo de interposição de recursos de amparo no TCE era infundável. Significa isto que houve reformas com o propósito de tornar a tramitação processual do recurso mais objetiva e ultrapassar as dificuldades de funcionamento do TCE. Desta forma, o artigo 49.º, n.º 1, da LOTCE demanda que em primeiro lugar o requerente exponha com clareza e de forma concisa os factos que fundamentam o recurso, em segundo plano que cite os preceitos constitucionais que concebe que foram violados, e em terceiro lugar que fixe com precisão o amparo que se solicita para preservar ou restabelecer o direito ou liberdade que entende violado. Com a reforma de 2017⁵³, passou a ser também imprescindível a “invocação da *especial transcendência constitucional*”⁵⁴ do conteúdo do seu recurso de amparo, que se poderá fundamentar na importância do mesmo para a interpretação, aplicação ou eficácia da constituição.”⁵⁵

No que respeita aos efeitos do recurso de amparo constitucional espanhol são distintos dos da queixa constitucional alemã, pois o recurso espanhol tenta permitir a maior eficácia possível à decisão que consente o recurso.

⁵² Os prazos são escassos para que a lesão de direitos fundamentais não permanecer, ou seja, tenta-se que a reparação da lesão seja o mais breve possível.

⁵³ Cf. Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que altera a Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, do Tribunal Constitucional Espanhol.

⁵⁴ A consagração no ordenamento jurídico espanhol tem origem na BVerfGG, que segundo a redação do seu artigo 93.a, considera a “relevância constitucional fundamental” como um dos requisitos de admissão das queixas constitucionais.

⁵⁵ Cf. BOTELHO, Catarina Santos, “*A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais ...*”, op. cit., pág. 238.

Em conformidade com o artigo 55.º, n.º1, da LOTCE, a decisão que outorga o amparo pode conter alguma ou algumas das seguintes pronúncias: a) declaração de nulidade da decisão, ato ou que tenha impedido o pleno exercício dos direitos ou liberdades protegidos, assim será estritamente declarativo da nulidade do acto lesivo; b) reconhecimento do direito ou da liberdade pública, de acordo com o seu conteúdo constitucionalmente declarado, terá um efeito meramente declarativo; c) restabelecimento do recorrente na integridade do seu direito ou liberdade, com adoção das medidas apropriadas para a sua conservação, o efeito neste caso será o de condenação ou constitutivo.

Os efeitos da decisão que concede o recurso de amparo constitucional operam apenas *inter partes*, uma vez que o artigo 164.º, n.º 1, da CE, interpretado *a contrario sensu* diz que uma deliberação que consente o amparo não tem efeitos *erga omnes*. Para reforçar esta ideia, articulando o artigo 164.º, n.º 1, da CE, com o artigo 29.º, n.º 1, da LOTCE, o acórdão não pode pretender declarar a inconstitucionalidade da lei⁵⁶.

O recurso de amparo constitucional espanhol tem sido de considerável importância no ordenamento jurídico, visto que “encabeçou na consolidação, e na integração política e social dos cidadãos”⁵⁷. Apesar das críticas do elevado número de recursos de amparo que são intentados no TCE, facto que leva ao mau funcionamento, há que dizer que este número elevado é um sinal de saúde do recurso e da confiança dos cidadãos nele.⁵⁸

O ordenamento espanhol ao consagrar o amparo constitucional e judicial dificultou a fixação do respetivo âmbito material de cada jurisdição, ou seja, dificultou a relação entre a jurisdição constitucional e a ordinária. Os autores têm perguntado se fará sentido, nos dias de hoje⁵⁹, manter duas ordens distintas para aplicação de um sistema jurídicos. Todavia, a LOTCE preocupou-se com a questão e no seu artigo 54.º estipulou que quando o TCE “*conheça o recurso de amparo a respeito de decisões de juízes e*

⁵⁶ O artigo 29.º, n.º 1, da LOTCE vai de encontro com esta ideia pois determina que a declaração de nulidade só pode ser promovida através: i) do recurso de inconstitucionalidade; e ii) da questão de inconstitucionalidade promovida por Juízes ou Tribunais.

⁵⁷ Cf. BOTELHO, Catarina Santos, “*A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais ...*”, *op. cit.*, pág. 245.

⁵⁸ Cf. DURÁN, Manuel Carrasco, “*El concepto constitucional del recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo*”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 21, nº 63, 2001, Pág.124.

⁵⁹ A sua consagração será compreensível se observarmos a história espanhola, dado que em 1978 o que se pretendia era proteção máxima dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, já que não tinha existido respeito por eles durante o regime franquista.

tribunais, limitará a sua função a averiguar se foram violados os direitos ou liberdades do demandante e a preservar ou restabelecer estes direitos ou liberdade, e abster-se-á de qualquer outra consideração sobre a atuação dos órgãos jurisdicionais”, já os tribunais judiciais terão submetidos à Constituição Espanhola, à luz do artigo 9.º, n.º1, da CE, subordinados aos direitos fundamentais, segundo o artigo 53.º, n.º1, da CE e têm a função de garantir a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, devendo ter em consideração as decisões do TCE. Segundo este raciocínio os tribunais judiciais são autónomos na sua decisão, na aplicação do direito, na interpretação das normas jurídicas, contudo o TCE deve ser considerado o órgão jurisdicional supremo nas questões constitucionais.

Mencionar por fim que regra geral o procedimento do TCE é isento de custas, todavia para evitar o uso abusivo do recurso de amparo a LOTCE no seu artigo 95.º, n.º 3, dispõe que haverá uma sanção pecuniária quem diligenciar um recurso de amparo com imprudência ou abuso de direito. No entanto, parece que não é suficiente uma vez que os dados provam o contrário, isto é, apesar de a interposição dos recursos de amparo ter uma diminuição ainda são muitos recursos em prol de outros assuntos, o que faz com que o TCE não seja otimizado, melhor dizendo a taxa de sucesso do recurso de amparo constitucional em Espanha é muito baixa pois muitos dos recursos nem admitidos são, ou é proferida uma decisão sumária. Para demonstrar o mencionado segue uma tabela⁶⁰ com dados compreendidos entre 2012 e 2018⁶¹.

Ano	2012	2013	2014	2015	2016	2018 ⁶²
Total de Processos	7294	7573	7878	7369	6774	1727
Recursos de Amparo	7205	7376	7663	7203	6685	1710
Sentenças	124	87	109	96	88	15

⁶⁰ Dados recolhidos em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/default.aspx>, no dia 29 de junho de 2018, às 21h55min.

⁶¹ Não foi possível ter acesso aos dados de 2017, pois ainda não estavam disponíveis.

⁶² Dados relativos ao primeiro semestre do ano de 2018.

VII. A necessidade do recurso de amparo em Portugal

A justiça constitucional em Portugal tem um resultado positivo, em consequência dos resultados que o sistema de fiscalização da constitucionalidade tem apresentado. No entanto, o sistema vigente demonstra falhas relevantes que indicam a necessidade de uma reforma. Como Jorge Reis Novais diz “*o sistema actual, ..., revela-se deficitário e com desequilíbrios dificilmente superáveis num quadro de manutenção integral do modelo em vigor.*”⁶³.

O sistema vigente em Portugal deixa grande parte das mais relevantes e correntes violações dos direitos fundamentais sem a possibilidade de o Tribunal Constitucional intervir, sem a oportunidade de este decidir se estão ou não em conformidade com a Constituição. Uma vez que com a quase exclusividade da fiscalização dirigida às normas, ficam sem a hipótese de fiscalização os atos e decisões individuais e concretas, por quem tenham sido praticados. Assim o Tribunal Constitucional só pode fiscalizar as regras restritivas dos direitos, liberdades e garantias, não podendo intervir nos atos que lesem direitos fundamentais praticados pela Administração ou pelo poder judicial.

Contudo, as hipóteses de o cidadão interpor recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais ordinários são bastante grandes ou até quase ilimitadas, para tal basta que durante o processo seja suscitada a inconstitucionalidade de uma norma jurídica ou de uma interpretação específica, ou seja, muitas vezes o recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade é utilizado para “*fins menos nobres*” e como mero expediente dilatório, dado que a sua principal função seria proteger os direitos fundamentais, da justiça constitucional. E se instrumentaliza a justiça constitucional quanto mais poder, em tese económico, pois as partes conseguem contratar advogados hábeis, conhecedores do sistema de fiscalização da constitucionalidade português que o sabem perscrutar até à exaustão.

Com isto, a justiça constitucional e o Tribunal Constitucional perdem prestígio e a comunidade começa a olhar com desconfiança para as questões constitucionais, por isso a adoção da opinião que é necessária uma reforma no sistema de fiscalização da

⁶³ NOVAIS, Jorge Reis, “*Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pág.156.

O Recurso de Amparo: um estudo sobre a sua necessidade na ordem jurídica portuguesa

constitucionalidade, que é preciso consagrar um mecanismo de proteção, eficiente, dos direitos fundamentais.

VIII. O Tribunal Constitucional e a sua jurisprudência

Segundo o artigo 202.º e 221.º, da CRP o Tribunal Constitucional é um órgão de soberania com competência para administrar a justiça, especificamente a de natureza jurídico-constitucional.⁶⁴

O Tribunal Constitucional é o guardião da compatibilidade constitucional de normas jurídicas, não admitindo para apreciação qualquer realidade que não seja normas jurídicas. Assim, no ordenamento jurídico português não é possível que o Tribunal Constitucional aprecie a conformidade constitucional de decisões judiciais ou decisões administrativas. Todavia, é de opinião comum que o modelo português de proteção jurisdicional dos direitos fundamentais demonstra insuficiências, não garantindo e não tendo a eficácia do mecanismo do recurso de amparo ou de queixa constitucional⁶⁵.

Existem vários acórdãos⁶⁶ do Tribunal Constitucional que não admitem o processo devido à impossibilidade de conhecer do objeto do recurso de constitucionalidade, argumentando que no nosso ordenamento jurídico não foi consagrado o recurso de amparo constitucional ou a queixa constitucional. Mencionar que encontramos este argumento ao longo do tempo, assim constata-se a necessidade da consagração do recurso de amparo, uma vez que muitas vezes os cidadãos não têm um acesso ao direito nem uma tutela jurisdicional efectiva.

No entanto, o Tribunal Constitucional perante as limitações do modelo de fiscalização da constitucionalidade português procurou aperfeiçoá-lo através do conceito funcional⁶⁷

⁶⁴ O estabelecimento da jurisdição constitucional autónoma só surgiu em 1982, com a primeira Lei de Revisão Constitucional que criou o Tribunal Constitucional.

⁶⁵ Vide., p.e. NOVAIS, Jorge Reis, “*Em defesa do recurso de amparo constitucional*”, in Themis, 10, 2005, pp. 91 e seguintes; _ “*Sim ou não ao recurso de amparo*”, in Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil, Coimbra-Lisboa-São Paulo, Almedina, 2012, pp. 243-250;

⁶⁶ Acórdão (Ac.) do TC n.º 96/2018, Processo (Proc.) n.º 1144/17, relator: Conselheiro Cláudio Monteiro; Ac. do TC n.º 795/2017, Proc. n.º 770/2016, Relatora: Conselheira Catarina Sarmento e Castro; Ac. do TC n.º 352/2014, Proc. n.º 149/14, relatora: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros; Ac. do TC n.º 183/2008, Proc. n.º 1155/2007, relatora: Conselheira Maria Lúcia Amaral; Ac. do TC n.º 551/01, Proc. n.º 171/00, relator: Conselheiro Tavares da Costa.

⁶⁷ Cf. Ac. do TC n.º 369/2007, Proc. n.º 574/2007, relatora: Maria Lúcia Amaral.

de norma, ou seja, a “*norma não é um ato com determinadas características como a abstração e a generalidade, mas antes qualquer disposição contida num ato legislativo independentemente do seu conteúdo material*”⁶⁸ e de se considerar competente não somente para fiscalizar a constitucionalidade das normas ordinárias, mas ainda para fiscalizar da constitucionalidade das normas na interpretação que delas faz o juiz comum. Podendo assim, a fiscalização da constitucionalidade não incidir apenas sobre normas, mas também sobre a interpretação judicial concreta das normas.

Ou seja, o Tribunal constitucional estabeleceu dois requisitos fundamentais do conceito de norma, que são:

- a) Na perspetiva do conteúdo, o estabelecimento ou criação de uma regra ou padrão orientador e regulador de condutas e comportamentos (embora não necessariamente, como se referiu, numa regra de natureza geral e abstrata) - não se reconduzindo a atos de pura aplicação ou execução, pela Administração ou pelos tribunais, de uma regra ou padrão valorativo pré-determinado;
- b) Na perspetiva orgânico, deve tal regra ou padrão valorativo ter sido estabelecido por ato de um poder normativo público, detendo, por isso, natureza heterónoma, ao vincular as pessoas por ele abrangidas independentemente da vontade dos respectivos destinatários: daí que se considerem excluídos do conceito de norma os atos de autonomia privada, mesmo nos casos em que tenham alguma vocação para uma aplicação generalizante.⁶⁹

Com esta jurisprudência, o Tribunal Constitucional permite que os cidadãos possam aceder ao Tribunal Constitucional, visto que começasse a poder recorrer indiretamente de decisões judiciais quando as normas são aplicadas num sentido interpretativo inconstitucional ou quando o juiz constrói normas por analogia ou por integração de lacunas.

Esta evolução jurisprudencial tem a vantagem de decisões violadoras de direitos fundamentais serem possíveis de recurso, visto que sem esta seriam irrecuráveis para o Tribunal Constitucional. Contudo, também apresenta desvantagens, nomeadamente: o uso com fim dilatório, gera imprecisão⁷⁰ e insegurança jurídica. Como diz Jorge Reis

⁶⁸ Cf. SILVA, Cláudia Alexandra dos Santos, “*Um recurso...*”, *op. cit.*, pág. 662.

⁶⁹ Cf. REGO, Carlos Lopes do, “*Os recursos e Fiscalização Concreta...*”, *op. cit.*, pág. 27.

⁷⁰ Deixa nas mãos dos juízes do Tribunal Constitucional o saber de quando é ou não possível recorrer, não estão consagrados expressamente requisitos de recorribilidade das decisões.

Novais, “*A intenção do Tribunal Constitucional quando se arroga estes novos poderes é compreensível e aceitável à luz das necessidades de garantia dos direitos fundamentais, mas o problema é que o regime actual estabelece limites rígidos (só prevê apreciação da constitucionalidade de normas e não de actos ou decisões) e, quando, para resolver os défices de protecção do sistema, o Tribunal Constitucional força esses limites tudo passa a ser incerto, móvel, manipulável.*”⁷¹

No entanto, o Tribunal Constitucional tem aceite a possibilidade de os recursos de fiscalização concreta poder recair sobre as normas como incidir sobre a interpretação da norma jurídica que o juiz comum realiza, não tendo em consideração as características da generalidade e abstração, mas sim a forma como foi concebida e empregue pelo juiz no caso concreto. Conservando-se a fiscalização exclusivamente normativa, uma vez que o Tribunal Constitucional continua a não poder interferir na decisão judicial *per se*. Ou seja, contrariamente do que sucede com a limitação do conceito funcional e formal de norma, na qual o Tribunal Constitucional prescinde das características de generalidade e abstração, a interpretação normativa sindicável pelo Tribunal Constitucional implica uma vocação de generalidade e abstração na enunciação do critério normativo que lhe está implícito, de forma a autonomiza-lo evidentemente da pura atividade substantiva, ligada inevitavelmente a peculiaridades específicas da situação em concreto⁷². Desta forma, quando o requerente suscitar a questão da constitucionalidade de uma dada interpretação normativa terá de identificar explicitamente qual a interpretação que considera inconstitucional, para que o Tribunal Constitucional caso a julgue inconstitucional conseguir expor na decisão, de maneira a que os destinatário e operadores jurídicos tomem conhecimento que a norma em determinado sentido não poderá ser aplicada novamente⁷³.

Apesar de a CRP e a Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, doravante LOTC, consagrarem o recurso de constitucionalidade fundado na aplicação de normas cuja a inconstitucionalidade tiver sido suscitada durante o processo⁷⁴, a proteção dos direitos fundamentais não tem sido eficaz e não tem havido uma tutela realmente efetiva para que estes não sejam violados.

⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis, “*Direitos Fundamentais: Trunfos ...*” *op. cit.*, pág.173.

⁷² Cf. REGO, Carlos Lopes do, “*Os recursos e Fiscalização Concreta...*”, *op. cit.*, pp. 32 e 33.

⁷³ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 367/94, proc. n.º 797/93, relator: Conselheiro Messias Bento e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 178/95, proc. n.º 555/94, relator: Conselheiro Bravo Serra.

⁷⁴ Cf. Artigo 280.º, n.º 1 alínea b), da CRP e artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da LOTC.

Não obstante, de a CRP ser influenciada pela CE⁷⁵ e pela GG⁷⁶ o sistema português não consagrou o recurso de amparo ou a queixa constitucional. Contudo, o particular não consegue a verdadeira salvaguarda dos seus direitos fundamentais, assim o Tribunal Constitucional vem dizer que “*a intervenção não incide sobre a correcção jurídica do concreto julgamento, mas apenas sobre a conformidade constitucional das normas aplicadas pela decisão recorrida*”⁷⁷, aplicando o artigo 3.º, n.º 3, da CRP.

IX. As Propostas de implementação de recurso de amparo em Portugal

No ordenamento jurídico português não está consagrado o recurso de amparo ou a queixa constitucional, todavia nas sucessivas revisões constitucionais existem projetos de implementação deste tipo de mecanismo.

A primeira tentativa de implementar um mecanismo semelhante ao recurso de amparo ou à queixa constitucional ocorreu na Revisão Constitucional de 1989. O Partido Comunista Português (PCP) tencionou consagrar constitucionalmente uma ação direta e imediata de controlo da constitucionalidade para a defesa dos direitos, liberdades e garantias, por intermédio do aditamento do artigo 20.º-A estipulando que “*Haverá acção constitucional de defesa junto do Tribunal Constitucional contra quaisquer actos ou omissões dos poderes públicos que lesem directamente direitos, liberdades e garantias, quando eles não sejam susceptíveis de impugnação junto dos demais tribunais*”⁷⁸. Por sua vez, o Partido Socialista (PS) procurou estabelecer “*O Recurso Constitucional de Defesa*”, com o acréscimo do artigo 20.º- A^{79 80}.

⁷⁵ Correspondências com o amparo judicial consagrado em Espanha.

⁷⁶ v.g., transcreve o princípio da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, artigo 18.º, da CRP.

⁷⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 120/2009, proc. n.º 924/08, relator: Conselheiro Benjamin Rodrigues.

⁷⁸ Projeto de Revisão Constitucional n.º 2/V dos Deputados Carlos Brito e outros.

⁷⁹ Projeto de Revisão Constitucional n.º 3/V dos Deputados Almeida Santos e outros.

⁸⁰ O artigo 20.º- A estabelecia, “*1- É reconhecido a todos o direito de Recurso Constitucional de Defesa para o Tribunal Constitucional dos actos ou omissões dos tribunais, de natureza processual, que de forma autónoma violem direitos, liberdades e garantias, desde que tenham sido esgotados os recursos ordinários competentes. 2- A lei regulará o exercício do direito de Recurso Constitucional de Defesa.*”

A segunda investida de consagração do mecanismo foi em 1997, com propostas do PCP, PS e Partido Social Democrata (PSD), contudo nenhuma foi aprovada. O PCP⁸¹ propunha a constitucionalização a “Acção Constitucional de Defesa” com a adição do artigo 20.º- A⁸², no que concerne o PS⁸³ sugeriu que se instituísse o “Recurso de Amparo”⁸⁴, através do artigo 20.º- A, por sua vez a proposta apresentada pelo PSD⁸⁵ continha a introdução do “Recurso Constitucional”, com o aditamento do artigo 280.º-A⁸⁶, sugestão do Professor Dr. Jorge Miranda. No entanto, ainda em 1997 houve um projeto que defendia a inclusão do recurso de amparo, foi o Projeto de Revisão Constitucional n.º 6/VII dos deputados Guilherme Silva e outros, por intermédio do acréscimo do artigo 23.º-A⁸⁷.

A terceira tentativa aconteceu em 2004, com uma proposta do Bloco de Esquerda (BE) que com a aditamento do artigo 20.º-A⁸⁸ tentou introduzir o “Recurso de Amparo”, no Projeto de Revisão Constitucional n.º 2/IX.

O último ensaio para a consagração do mecanismo aconteceu em 2010, com propostas do PCP, PSD e Centro Democrático Social- Partido Popular (CDS-PP). O

⁸¹ Projeto de Revisão Constitucional n.º 4/VII, apresentado pelo PCP.

⁸² O artigo 20.º- A determinava, “1- Há acção constitucional de defesa junto do Tribunal Constitucional contra quaisquer actos ou omissões dos poderes públicos que lesem directamente direitos, liberdades ou garantias, quando eles não sejam susceptíveis de impugnação junto dos demais tribunais. 2- Há também recurso constitucional de defesa para o Tribunal Constitucional dos actos ou omissões dos tribunais, de natureza processual, que, de forma autónoma violem direitos, liberdades e garantias, desde que tenham esgotados os recursos ordinários competentes. 3- A lei regula as acções e recursos previstos nos números anteriores, garantindo-lhes carácter de prioridade e celeridade.”

⁸³ Projeto de Revisão Constitucional n.º 3/VII, apresentado pelo PS.

⁸⁴ O artigo 20.º-A precisava, “Há recurso de amparo com carácter de prioridade e celeridade, junto do Tribunal Constitucional: a) contra actos ou omissões de entidades públicas de que decorra lesão directa de direitos, liberdades e garantias insusceptíveis de impugnação junto dos demais tribunais; b) contra os actos ou omissões dos tribunais de carácter processual, que, de forma autónoma violem direitos, liberdades e garantias, após o esgotamento dos recursos ordinários.”

⁸⁵ Projeto de Revisão Constitucional n.º 5/VII, apresentado pelo PSD e o n.º 2/VII, deputados Pedro Passos Coelho e outros.

⁸⁶ Ambas as propostas mencionadas apresentam a mesma ideia, assim o artigo 280.º- A, do projeto de revisão constitucional n.º 5/VII, precisava, “Cabe recurso para o Tribunal Constitucional nos termos da lei, de actos da administração ou de decisões dos tribunais que violem directamente o conteúdo essencial de direitos, liberdades ou garantias, com fundamento na sua inconstitucionalidade, quando já não haja lugar a recurso ordinário.”

⁸⁷ O artigo 23.º-A estipulava, “1- Dos actos ou omissões da administração pública ou de qualquer entidade pública que violem direitos, liberdades e garantias, insusceptíveis de impugnação juntos dos demais tribunais, cabe recurso com carácter urgente, directamente para o Tribunal Constitucional. 2- Igual recurso cabe de idênticos actos de natureza processual praticados pelos tribunais, violadores de direitos, liberdades e garantias, esgotados os que sejam os recursos ordinários.”

⁸⁸ O artigo 20.º-A enunciava, “1- A todos os cidadãos é reconhecido o direito de recurso de defesa para o Tribunal Constitucional dos atos ou omissões de natureza processual dos tribunais, que violem direitos, liberdades e garantias, quando se encontrem esgotadas todas as vias do recurso ordinário. 2- A lei regulará o processo do recurso previsto no número anterior”.

PCP⁸⁹ intentou através da introdução de um novo n.º 2 do artigo 20.º, expondo “2- *Há acção constitucional de defesa contra quaisquer actos ou omissões dos poderes públicos que lesem directamente direitos, liberdades e garantias*”. O PSD, com o Projeto de Revisão Constitucional n.º 6/XI dos deputados Guilherme Silva e outros, defendem a criação do “*Recurso de amparo*”, com o aditamento do artigo 23.º-A⁹⁰, mencionar que esta proposta de alteração propõe ainda a extinção do Tribunal Constitucional porque a “*apreciação preventiva da constitucionalidade tem relevado uma particular vulnerabilidade político-partidária que não dignifica a Justiça Constitucional*”. Por fim o CDS-PP⁹¹ sugere o recurso de amparo no artigo 280.º, n.º 7, com a seguinte disposição “7- *A lei definirá os termos em que é admitido o Recurso de amparo junto do Tribunal Constitucional, para a protecção de direitos fundamentais*”.

X. Doutrina contra a consagração do recurso de amparo em Portugal

No entanto, também existe doutrina portuguesa contra a consagração do recurso de amparo no ordenamento jurídico português, nomeadamente Carlos Blanco de Moraes, Rui Medeiros e Sandra Lopes Luís.

No entendimento de Carlos Blanco de Moraes “Não é possível deixar de exprimir as mais sinceras dúvidas sobre se fará sentido transplantar para Portugal um processo que consome os recursos públicos e o tempo disponível do órgão máximo da Justiça Constitucional...”⁹².

⁸⁹ Projeto de Revisão Constitucional n.º 2/XI-2ª, de 8 de outubro de 2010, dos deputados Bernardino Soares e outros.

⁹⁰ O Artigo 23.º-A expressava, “1- *Dos actos ou omissões da Administração Pública ou de qualquer entidade pública que violem direitos, liberdades e garantias, insusceptíveis de impugnação junto dos demais Tribunais, cabe recurso, com carácter urgente, para a Secção Constitucional do Supremo Tribunal de Justiça. 2- Igual recurso cabe de idênticos actos de natureza processual praticados pelos Tribunais, violadores de direitos, liberdades e garantias, esgotados que sejam os recursos ordinários.*”

⁹¹ Projeto de Revisão Constitucional n.º 5/XI apresentado pelos deputados do CDS-PP.

⁹² MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional, “Tomo II- O contencioso constitucional português, entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 1048.

Para Rui Medeiros acha que não há “... *necessidade da introdução, no quadro do sistema actual, de uma acção constitucional de defesa...*”⁹³; “«...*instituição indispensável para manter vivo entre os cidadãos a vontade e o sentimento da constituição ou, o mesmo é dizer, para fazer da constituição um texto vivo*”⁹⁴.

Já Sandra Lopes Luís diz que a consagração o recurso de amparo “... *não pode ocorrer sem mais, é preciso alterar algo, deve haver uma harmonização e redefinição de papéis dos diferentes instrumentos de fiscalização da constitucionalidade, ...*”⁹⁵.

a. Argumentos contra a introdução do recurso de amparo e a sua refutação

São várias as razões utilizadas para criticar a implementação do recurso de amparo no ordenamento jurídico português, designadamente:

1. *Não é necessário um recurso de amparo em Portugal, porque a sua consagração dificultará a harmonização do sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade, para além de no ordenamento português existir um quase-amparo.*

Em conformidade com este argumento, o sistema de fiscalização português vigente possibilita aos cidadãos o acesso ao Tribunal Constitucional, sendo o recurso de amparo considerado um mecanismo de tutela dos direitos fundamentais do qual é possível recorrer para o Tribunal Constitucional, tem-se defendido que existiria uma sobreposição entre os dois.

⁹³ MEDEIROS, Rui, “A decisão de inconstitucionalidade- Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, pág. 354.

⁹⁴ MEDEIROS, Rui, “A decisão de.....”, op. cit., pág. 356.

⁹⁵ LUÍS, Sandra Lopes, “O Recurso de Amparo: uma solução possível? - contributo para o estudo da compatibilização do recurso de amparo com o sistema de fiscalização da constitucionalidade português”, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Vol. III, Coimbra, 2012, pág. 764.

Assim, para Maria Lúcia Amaral existe um quase-amparo/ quasi-queixa constitucional⁹⁶ no sistema português, à luz do artigo 280.º, n.º 1, alínea b), da CRP. O eu leva alguma doutrina a defender a não necessidade da consagração do recurso de amparo.

Em conformidade com este raciocínio encontra-se Sandra Lopes Luís, defendendo que o recurso de amparo e o recurso de constitucional salvaguardam interesses subjetivos, o que leva a uma sobreposição de funções quando em causa encontrar-se violações de direitos fundamentais por normas jurídicas.⁹⁷

Também de acordo com este argumento está Rui Medeiros, porque segundo este os cidadãos podem recorrer ao Tribunal Constitucional para a salvaguarda dos seus direitos, liberdades e garantias de acordo com o artigo 208.º, n.º 1, alíneas a) e b), da CRP.⁹⁸, “ ... *embora não exista entre nós uma acção constitucional de defesa de direitos fundamentais, o sistema português de fiscalização da constitucionalidade permite, em parte, alcançar protecção semelhante à que se obtém nos sistema alemão e espanhol através da queixa constitucional ou do recurso de amparo.*”⁹⁹ Para o autor o Tribunal Constitucional é um “*tribunal do cidadão*” com o sistema português atual, ao lado da jurisdição civil, administrativa e penal que também têm como “missão” a tutela dos direitos fundamentais.

Um dos argumentos também utilizados é que existem outros meios de tutela dos direitos fundamenais para além da justiça constitucional, uma vez que a CRP estipula que “*Para a defesa dos direitos, liberdade e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.*”¹⁰⁰. O contencioso administrativo é exemplo do exposto, dado que a sua reforma estabeleceu o princípio de tutela jurisdicional efetiva. Consagrou ainda o processo de intimidação para a proteção de direitos, liberdades e garantias, caracterizado por ser um mecanismo célere

⁹⁶ “*«Quasi», porque não expressamente prevista; «quasi», porque inscrita no recurso de constitucionalidade e dele não autonomizada; «quasi», porque apenas dirigida contra decisões judiciais...*”, em AMARAL, Maria Lúcia, “*Queixas constitucionais e recursos de constitucionalidade (uma lição de «Direito Público Comparado»*”, in Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 498.

⁹⁷ Cf. LUÍS, Sandra Lopes, “*O Recurso de Amparo: ...*”, *op. cit.*

⁹⁸ Isto é, podem aceder ao Tribunal Constitucional contra decisões dos tribunais que recusem a aplicação de normas com fundamento na sua inconstitucionalidade, ou quando a inconstitucionalidade tenha sido suscitada durante o processo.

⁹⁹ MEDEIROS, Rui, “*A decisão de.....*”, *op. cit.*, pág. 352.

¹⁰⁰ Cf. Artigo 20.º, n.º 5, da CRP.

O Recurso de Amparo: um estudo sobre a sua necessidade na ordem jurídica portuguesa e prioritário de defesa dos cidadãos, segundo a disposição do artigo 109.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA).

Para Carlos Blanco de Moraes o recurso de amparo acabaria por “matar” o instituto da fiscalização concreta visto que os cidadãos optam pela novidade e pela índole presumivelmente diligente recurso direto de constitucionalidade, tal como sucede na Espanha e Alemanha¹⁰¹.

O que ainda se tem dito é que o cidadão pode sempre recorrer às entidades públicas que têm por função interpor processos de fiscalização abstrata da constitucionalidade que contenham o objetivo da declaração de inconstitucionalidade da norma que ofende os direitos, liberdades ou garantias, por influência dos cidadãos, especialmente o Provedor de Justiça à luz do artigo 281.º, n. 2, alínea d), da CRP.

Por último o cidadão tem a verossimilhança de apresentar uma petição individual perante o TEDH, para tal tem de ter esgotado os recursos jurisdicionais internos, tendo que alegar qual o direito fundamental violado que está tutelado pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

Críticas a estas considerações:

É de entendimento doutrinário e jurisprudencial que o artigo 280.º, n. 1 alínea b) da CRP, não permite chegar à conclusão que em Portugal se encontra consagrado o recurso de amparo. O Professor Doutor Jorge Miranda defende a mesma ideia, ao afirmar que os recursos de constitucionalidade na CRP não se constituem como meios específicos de defesa de direitos, liberdade e garantias¹⁰².

Como já referido anteriormente, o Tribunal Constitucional ciente da exiguidade da tutela dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico português procurou reduzi-la através do acolhimento de um conceito “funcional” e “formal” da norma e pelo consentimento da fiscalização da constitucionalidade das normas na interpretação concreta realizada pelo juiz ordinário. Ora, se a jurisprudência constitucional vai neste

¹⁰¹Vide, MORAIS, Carlos Blanco de, “Justiça Constitucional, ...”, op. cit., pág. 1049.

¹⁰² Cf. MIRANDA, Jorge, “Manual de Direito Constitucional”, ..., op. cit.

sentido é porque existe entendimento que os direitos fundamentais dos cidadãos não estão completamente tutelados pelo atual sistema de fiscalização da constitucionalidade.

Nos termos desta argumentação estamos perante um paradoxo, tal como defende Catarina Botelho, *“Quanto a nós, entendemos que estamos perante um paradoxo.”*¹⁰³. Pois, *“...a nossa constituição não prevê o recurso de amparo constitucional, por outra banda, a jurisprudência constitucional como que assume as dores de tal lacuna e admite, com alguma largueza, processos de fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade, interpostos tantas vezes como expediente dilatatório. Deste modo, o TC sobrecarrega-se de processos que não pretendem, genuinamente, obter o seu julgamento quanto a uma eventual inconstitucionalidade.”*¹⁰⁴.

Nesta ordem de ideias, não seria razoável consagrar o recurso de amparo? Uma vez que segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, este aceitaria a implementação de um mecanismo que reforçasse a tutela dos direitos fundamentais, dado que este o aceita indiretamente, porque a lei só permite fiscalização de normas? E também não prevê a possibilidade de fiscalização de decisões judiciais e de atos administrativos? Se para alguns autores já existe no ordenamento jurídico português um quase-recuso de amparo, porque não introduzi-lo expressamente em Portugal??

També o Professor Jorge Reis Novais diz que *“... este quase-recurso de amparo acaba, na prática, por ir mais longe que o autêntico recurso de amparo na generalidade dos países que o admitem, na medida em que permite a invocação de um qualquer fundamento de inconstitucionalidade e não apenas a de uma violação séria e relevante de um direito fundamental.”*¹⁰⁵, acrescenta ainda afirmando que *“Todas as intervenções restritivas inconstitucionais nos direitos fundamentais praticadas pela administração, pelos tribunais, pelos titulares do poder político permanecem, entre nós, sem tutela do Tribunal Constitucional ou, quando muito, como no caso das intervenções restritivas praticas pelos tribunais, só com tutela à custa de entorses, significativas e com consequências negativas, às normas do próprio sistema actual de fiscalização”.*¹⁰⁶

¹⁰³ BOTELHO, Catarina, *“Haja uma nova jurisdição...”* op. cit., pág. 5.

¹⁰⁴ BOTELHO, Catarina, *“Haja uma nova jurisdição...”*, op. cit., pág. 5.

¹⁰⁵ NOVAIS, Jorge Reis, *“Direitos Fundamentais: Trunfos ...”* op. cit., pág.171.

¹⁰⁶ NOVAIS, Jorge Reis, *“Direitos Fundamentais: Trunfo...”* op. cit., pág.183.

Assim, o recurso de constitucionalidade, consagrado no sistema de fiscalização português, não se compara ao recurso de amparo constitucional espanhol, ou à queixa constitucional alemã, tal como tem sustentado Catarina Botelho.

Podendo concluir que os cidadãos só sentirão necessidade da consagração do recurso de amparo quando o Tribunal Constitucional revogar a sua jurisprudência, que tem tido até à atualidade e aqueles que não conseguem pagar a advogados com destreza suficiente na área do recurso de constitucionalidade. Realçar que não tem lógica que os cidadãos estejam sujeitos ao Provedor de Justiça para suscitar o processo no qual se afere a inconstitucionalidade de uma norma que alegadamente lesou um direito fundamental. Do mesmo modo que o cidadão tenha que apelar ao Direito Europeu visto que o direito interno não lhe confere a tutela jurisdicional efetiva.

2. O recurso de amparo faria com que o Tribunal Constitucional ficasse congestionado, o que levaria à lentidão da justiça constitucional, em virtude do número considerável de processos.

Neste ponto, os autores têm defendido que com a consagração do recurso de amparo e a possibilidade de os cidadãos acederem diretamente ao Tribunal Constitucional levaria a que este ficasse inundado de petições dos cidadãos, o que significava que com o número elevado de processos para se deferir da sua admissibilidade não haveria conseguiria preocupar-se com outras questões de constitucionalidade provavelmente mais relevantes.¹⁰⁷ Mencionam ainda as experiências alemã e espanhola, nas quais o número de admissões de queixas constitucionais ou de recurso de amparo é muito baixo.

Rui Medeiros e Carlos Blanco Morais defendem que a justiça constitucional ficaria mais lenta, uma vez que o recurso de amparo seria visto como um expediente dilatório para dilatar a execução das sentenças, fazendo com que o direito fundamental à obtenção de uma decisão jurisdicional num prazo concebível fosse ainda mais instável.

¹⁰⁷ Tal como defende Carlos Blanco de Morais, levaria a um “...afogamento dos Tribunais Constitucionais com a actividade saneadora dos recursos de amparo.”, in MORAIS, Carlos Blanco de, “Justiça Constitucional, ...”, op. cit., pág. 1050.

Críticas a estas considerações:

A primeira refutação que se faz a este argumento é elaborada pelo Professor Doutor Jorge Reis Novais, o qual diz: “... *o recurso de amparo existe em Espanha e a Espanha tem quatro vezes mais habitantes que Portugal, portanto, em princípio, quatro vezes mais recurso de amparo que nós teríamos e o sistema funciona.... A mesma coisa para a Alemanha. Tendo oito vezes mais habitantes do que Portugal, ...*”.¹⁰⁸, defendendo ainda que o número de juízes no Tribunal constitucional e a respetiva população dos países não existem motivos alguns para que o tribunal não funcione de um modo operacional, visto que a Espanha tem doze juízes constitucionais para cima de quarente milhões de habitantes e a Alemanha tem dezasseis juízes para mais de oitenta e quatro milhões de habitantes.

Os autores que defendem a consagração do recurso de amparo em Portugal não pretendem que o recurso de amparo seja puro e simplesmente adicionado a todas as hipóteses de acesso ao Tribunal Constitucional que já são contempladas no sistema português. Assim já não fará sentido o argumento que com o recurso de amparo existirá entupimento do Tribunal Constitucional. Pois bem, o que se tem defendido, a favor da inserção do recurso de amparo, é que haja uma reformulação global do sistema vigente de fiscalização concreta da constitucionalidade, tendo assim que eliminar a possibilidade de se poder interpor recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais ordinários na forma que atualmente existem em Portugal. Caso se introduzisse o recurso de amparo sem rever o sistema vigente ficaria em causa o funcionamento e a eficácia do Tribunal Constitucional, em consequência do número de processos iria ser muito elevado.

Para que isto não aconteça a doutrina¹⁰⁹ tem sustentado para que não haja congestionamento no Tribunal Constitucional com a introdução do recurso de amparo terão de ser designados requisitos de admissibilidade¹¹⁰ do recurso de amparo na direcção de limitar o acesso ao Tribunal Constitucional. Por exemplo, podia-se caracterizar, o

¹⁰⁸ NOVAIS, Jorge Reis, “*Sim ou não ao recurso de amparo*”, in *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, Coimbra-Lisboa-São Paulo, Almedina, 2012, pág. 244.

¹⁰⁹ Jorge Reis Novais, José Melo Alexandrino, Catarina Santos Botelho, Maria Lúcia Amaral e Sandra Lopes Luís.

¹¹⁰ Tal como acontece nos exemplos mencionados, na Alemanha e na Espanha.

recurso de amparo, como subsidiário e extraordinário¹¹¹, só se podia invocar uma questão com relevância constitucional, podia-se restringir o recurso de amparo constitucional a um catálogo de direitos fundamentais¹¹², entre outras possibilidades.

Toda a doutrina defende que a característica da subsidiariedade é fundamental na consagração do recurso de amparo em Portugal, isto é, só depois de esgotadas todas as vias ordinárias, todos os recursos possíveis é que se pode recorrer para o Tribunal Constitucional, a título de exemplo Sandra Lopes Luís diz: “*Este carácter de subsidiário é essencial não só para obviar uma enchente de recursos directos para o Tribunal Constitucional, mas também para afirmar o carácter de órgãos de justiça constitucional que a CRP concede aos restantes tribunais e que optamos por manter não obstante a introdução do recurso de amparo.*”¹¹³, também Reis Novais afirma que “... se restringiam substancialmente os fundamentos de recurso de amparo quando comparado com aquela (só violação de direitos fundamentais e, ainda assim, com uma adequada regulação e filtragem de questões irrelevantes e intenções dilatórias).”¹¹⁴.

Reis Novais¹¹⁵ e Vieira de Andrade¹¹⁶ defendem ainda que a possibilidade de invocação de inconstitucionalidades orgânicas e formais em sede de fiscalização concreta devia ser suprimida, por “*falta notória de justificação racional*”.

3. *Um outro argumento, é o facto que com a implementação do recurso de amparo começam a despontar querelas entre os tribunais ordinários e o Tribunal Constitucional, bem como a ampliação das competências do Tribunal Constitucional.*

¹¹¹ A título de exemplo José Melo Alexandrino diz que “... consagração legal de um recurso extraordinário e subsidiário para a protecção de direitos, liberdades fundamentais, ...”, in “Sim ou não ao recurso de amparo”, in Julgar, nº 11, 2010 (maio-agosto), Coimbra, Coimbra Editora, pág.41.

¹¹² José Melo Alexandrino afirma que o recurso de amparo “... deve cingir-se a casos de violação grave de um conjunto limitado de direitos, liberdades e garantias pessoais...”, in “Sim ou não ao recurso...”, op. cit., pág.41.

¹¹³ LUÍS, Sandra Lopes, “O Recurso de Amparo: uma solução possível? - contributo para o estudo da compatibilização do recurso de amparo com o sistema de fiscalização da constitucionalidade portugueses”, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Vol. III, Coimbra, 2012, pág. 721

¹¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis, “Direitos Fundamentais: Trunfos...”, op. cit., pág.187.

¹¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis, “Direitos Fundamentais: Trunfos...”, op. cit. pág.186.

¹¹⁶ ANDRADE, Viera de “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, 2.ª edição, Coimbra, 2001, pág. 210, n.34.

Segundo o raciocínio deste argumento, o recurso de amparo iria originar fricções entre o Tribunal Constitucional e os tribunais judiciais, visto que o objeto do recurso de amparo seriam as decisões judiciais e os atos individuais e concretos, para além das normas, que lesassem os direitos fundamentais. Dessarte, o Tribunal Constitucional teria interferência nas competências dos tribunais ordinários, que no ordenamento jurídico português também são órgãos de justiça constitucional. Posto isto, Sandra Lopes Luís diz que consagrar o recurso de amparo com o atual sistema de fiscalização de constitucionalidade faria com que o Tribunal Constitucional se transformasse num tribunal “*supremo dos supremos*”, convertendo-se num tribunal de revista, o que resultaria na rejeição da essência dos Supremos Tribunais de outras jurisdições¹¹⁷.

Por conseguinte, o Tribunal Constitucional ao ter competência para dirimir da constitucionalidade de atos individuais e concretos, isto é, de atos administrativos, atos políticos ou de decisões judiciais, e de normas, dos quais se tivesse insinuado a problemática da inconstitucionalidade, teria as suas competências ampliadas.

Carlos Blanco de Moraes refuta o argumento de que os juízes dos tribunais ordinários têm falta de preparação nas questões de natureza constitucional, nomeadamente, nos direitos fundamentais, pois segundo ele nos últimos anos tem-se registado algum avanço, ilustrando com o exemplo de que a matéria de Direito Constitucional já é avaliada no Centro de Estudos Judiciários. Assim afirma que é dispensável a interposição do Tribunal Constitucional nas competências dos tribunais judiciais.

Críticas a esta consideração:

As querelas que possam existir no relacionamento entre o Tribunal Constitucional e os tribunais ordinários poderiam ser resolvidas mediante duas formas: a primeira seria pela primazia do Tribunal Constitucional na interpretação constitucional; a segunda via seria o estabelecimento de um princípio de colaboração entre o Tribunal Constitucional e os tribunais comuns, segundo Sandra Lopes Luís. Para esta, o Tribunal Constitucional

¹¹⁷ CF. LUÍS, Sandra Lopes, “*O Recurso de Amparo: uma solução...*”, *op. cit.*, pág. 712.

seria a última instância em matérias de garantias constitucionais, devido ao princípio da supremacia, por sua vez o princípio da colaboração significaria que o Tribunal Constitucional estaria impossibilitado de explorar juízos de legalidade considerados invasores da jurisdição comum, em virtude de ser admitidos critérios de interpretação constitucional.

De opinião contrária à de Carlo Blanco de Moraes, Catarina Santos Botelho defende que o Tribunal Constitucional se apresenta como uma jurisdição especializada unicamente em matérias constitucionais, já os tribunais comuns são generalistas, o que significa que o contencioso constitucional configura apenas uma restrita fração da sua atividade¹¹⁸.

4. O recurso de amparo levaria a um certo fundamentalismo dos direitos fundamentais.

Quem apresenta é Carlos Banco de Moraes, que segundo ele o recurso de amparo geraria um “... *risco perverso de um certo fundamentalismo dos direitos fundamentais, que poderia decorrer da opção reducionista inerente à conversão do Tribunal Constitucional num tribunal de direitos fundamentais (...) como se inexistissem outras questões de Direito Constitucional determinantes para o Estado de Direito democrático, nelas incluídas as inconstitucionalidades formais e orgânicas, ...*”¹¹⁹.

Crítica a esta consideração:

A refutação que se pode fazer a este raciocínio é que o recurso de amparo poderia precisamente tornar o Tribunal Constitucional num Tribunal dos Direitos Fundamentais¹²⁰, não decidindo somente questões de violações de direitos e liberdades fundamentais, bem como outras problemáticas de Direito Constitucional. No entanto,

¹¹⁸ Cf. BOTELHO, Catarina, “*Haja uma nova jurisdição...*”, *op. cit.*, pág. 6.

¹¹⁹ MORAIS, Carlos Blanco de, “Justiça Constitucional, ...”, *op. cit.*, pág. 1050.

¹²⁰ Pois como defende Jorge Reis Novais “... *o Tribunal Constitucional não é ainda, entre nós, o tribunal dos direitos fundamentais.*”, in “*Direitos Fundamentais: Trunfos...*”, *op. cit.*, pág.161.

O Recurso de Amparo: um estudo sobre a sua necessidade na ordem jurídica portuguesa

interessa indagar se serão mais importantes as inconstitucionalidades formais e orgânicas do que as violações dos direitos fundamentais dos cidadãos.

5. “*Quis custodiet ipsos custodes*”: quem controla o guardião??

O que aqui se pretende saber é quem controla o Tribunal Constitucional?? Ou seja, se ao Tribunal Constitucional é lhe atribuído, com a implementação do recurso de amparo ao atual sistema de fiscalização, a competência de fiscalizar a constitucionalidade de decisões dos tribunais judiciais, com fundamento na aplicação de uma norma inconstitucional ou na não aplicação de uma norma constitucional, bem como das decisões *per se*, quem irá controlar a decisão do Tribunal Constitucional, na lógica de aferir se houve ou não a violação/lesão de um direito fundamental??

Crítica a esta consideração:

Este argumento, segundo Catarina Santos Botelho encerra em si uma falácia, ou seja, nunca se conseguiria chegar a uma solução final, pois se existisse um outro órgão seria levantada a mesma questão de quem o guardaria?? Quem o controlava?? ¹²¹

Tendo em consideração todos os argumentos, Carlos Blanco de Moraes defende que nós prós e contras vence o contra, sendo assim mais adequado aprimorar o sistema na sua componente subjetivista, invés de consagrar o recurso de amparo que não saberíamos de funcionar, dado que com todos os defeitos o sistema de fiscalização da constitucionalidade português funciona.¹²²

¹²¹ “O argumento recorrente da necessidade de guardar o guardião, passe o pleonismo, encerra em si uma falácia, pois espelha uma preocupação que jamais será sossegada e que é reversível à escala das decisões judiciais. Se outro órgão controlasse o TC, poderíamos questionar: quem corrige, agora, o resultado do controlo que este órgão efectuou sobre o TC?...” in, BOTELHO, Catarina, “Haja uma nova jurisdição...”, *op. cit.*, pág. 6.

¹²² Cf. MORAIS, Carlos Blanco de, “Justiça Constitucional, ...”, *op. cit.*, pág. 1061.

Semelhantemente, Rui Medeiros diz que é duvidoso que as vantagens da implementação do recurso de amparo no sistema português compensem os inconvenientes que daí resultariam.¹²³

Já a opinião de Jorge Miranda é particular, visto que defende que existem situações em que é “*chocante*” não existir um mecanismo de protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos, no entanto, afirma que os argumentos contra a introdução do recurso de amparo são mais concludentes que os argumentos a favor, e que o recurso de amparo não é um meio processual que manifeste uma urgência em ser consagrado. Assim, tem sustentado a “... a consagração de um recurso- chame-se extraordinário ou não- de tais decisões para o Tribunal Constitucional, quando arguidas de violação de direitos, liberdades e garantias ou de direitos de natureza análoga.”¹²⁴

XI. Doutrina a favor da introdução do recurso de amparo em Portugal

Em Portugal alguma doutrina tem defendido a inserção de uma queixa constitucional ou de um recurso de amparo, designadamente: Jorge Reis Novais, Catarina Santos Botelho, Maria Lúcia Amaral, Alexandre Melo Alexandrino, pois tem-se entendido que o TC não é o Tribunal dos direitos fundamentais.

Catarina Santos Botelho defende que “*o modelo constitucional português necessita de ser aperfeiçoado, de modo a ser capaz de dar resposta às reclamações da realidade constitucional (law in action) e às exigências de um genuíno Estado de Direito material, em que imperem os princípios da justiça e da dignidade da pessoa humana e se efective uma “maior autenticidade da democracia”*”¹²⁵.

O Professor Doutor Alexandre Melo Alexandrino argumenta que “... *o acesso, ainda que remoto e extraordinário, à instância máxima da justiça constitucional significaria a*

¹²³ Cf. MEDEIROS, Rui, “A decisão de.....”, op. cit., pág. 356.

¹²⁴ MIRANDA, Jorge, “*Fiscalização da Constitucionalidade*”, Almedina, 2017, pág. 293.

¹²⁵ BOTELHO, Catarina, “*Haja uma nova jurisdição...*”, op. cit., pág. 7.

adopção de uma postura política antropológicamente amiga da dinamização processual dos direitos fundamentais.”¹²⁶

Por sua vez, o Professor Doutor Jorge Reis Novais crê que *“Todas as lesões de direitos fundamentais teriam possibilidade de tutela jurídica e, sendo lesões de garantias constitucionais, teriam tutela por parte da justiça constitucional.*”¹²⁷

Como já foi referido, em diversas revisões constitucionais existiu a tentativa de implementar o recurso de amparo ou uma ação direta de controlo da constitucionalidade para a defesa de direitos, liberdades e garantias, todavia não foram bem-sucedidas. De salientar, que surgiram diversos argumentos contra a introdução de um mecanismo como o recurso de amparo em Portugal, que serão analisados de seguida.

a. Argumentos a favor da introdução do recurso de amparo em Portugal

1. Com o recurso de amparo todas as violações de direitos fundamentais favoreceriam de protecção constitucional, independente da forma da violação.
2. Com a implementação do recurso de amparo no ordenamento jurídico, o amparo para a instância internacional já não seria concedido, o que levaria a que o Estado Português não observasse o aumento das condenações pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, como se tem constatado, e o sistema interno de protecção de direitos fundamentais não seria minorizado.
3. O Recurso de amparo mudaria substancialmente a visão de como os cidadãos perspetivam o Tribunal Constitucional, incutindo nestes uma cultura democrática e uma atitude de militância em defesa dos seus direitos.
4. A confiança na justiça sairia reforçada, o que refletiria na jurisdição ordinária, uma vez que era dada a oportunidade, ao cidadão, de interpor recurso para o Tribunal Constitucional de decisões que lesassem direitos, liberdade e garantias e direitos fundamentais de natureza análoga.

¹²⁶ ALEXANDRINO, José de Melo, *“Sim ou não ao recurso...”* op. cit., pág.45.

¹²⁷ NOVAIS, Jorge Reis, *“Sim ou não ao recurso de amparo”*, in *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, Coimbra-Lisboa-São Paulo, Almedina, 2012, pág. 244.

5. A tutela do mecanismo de protecção dos direitos fundamentais possibilitava uma maior certeza e segurança jurídica, já que os cidadãos não ficariam “prisoneiros” de uma postura benevolente do Tribunal Constitucional, e/ou competência técnico-jurídica do advogado.
6. A consagração do recurso de amparo em Portugal atribuiria ao Tribunal Constitucional a função de unificação hermenêutica da interpretação sobre o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais.
7. O recurso de amparo seria uma garantia do cumprimento dos direitos fundamentais por parte das autoridades públicas, pois os cidadãos teriam como os fiscalizar.
8. Também seria importante para colmatar alguma carência de preparação dos juízes dos tribunais ordinários para garantir a protecção dos direitos fundamentais, devendo assim o Tribunal Constitucional ser considerado o Tribunal dos direitos fundamentais, tal como acontece na Espanha e Alemanha.
9. Haveria uma conveniente harmonização entre a componente material da constituição, o princípio geral da tutela jurisdicional efetiva e a garantia de um saliente nível de eficiência jurídica dos direitos fundamentais.
10. Portugal pode usufruir da experiência de mais de três dezenas de países que consagram este mecanismo de protecção dos direitos fundamentais, podendo apreciar as suas debilidades e conseguir derroga-las¹²⁸.

b. Fundamentos constitucionais a favor do recurso de amparo

No ordenamento jurídico português, não obstante, de a CRP consagrar expressamente o recurso de amparo constitucional, existem no texto constitucional fundamentos que possibilitam a sua implementação.

O primeiro fundamento está previsto no artigo 18.º, n.º 1, da CRP que consagra o princípio da aplicabilidade direta, permitindo aos cidadãos a hipótese de invocação

¹²⁸ Ideia retirada de SILVA, Cláudia Alexandra dos Santos, “Um recurso de amparo em Portugal?”, in O Direito, ano 149, III, 2017, pp. 677 e 678

judicial direta dos preceitos constitucionais do seu interesse. São imediatamente aplicáveis e têm caráter efetivo os preceitos constitucionais que tutelem direitos, liberdades e garantias. A aplicabilidade direta vale nas relações dos cidadãos com os poderes públicos, como nas relações entre os próprios cidadãos, podendo assim os cidadãos reagir contra os poderes públicos ou contra os outros cidadãos devido aos atos alegadamente violadores dos seus direitos fundamentais.

O segundo fundamento que a CRP consagra que possibilita a consagração do recurso de amparo, encontra-se contemplado no artigo 20.º, n.º 1, da CRP que tutela o direito de acesso ao Direito e aos tribunais. No n.º 5 do mesmo artigo está consagrado o “*direito a uma tutela jurisdicional efetiva*”, em virtude disto Catarina Santos Botelho defende que existe um direito ao amparo quando esteja em causa a violação de direitos, liberdades e garantias pessoais.

Pedro Trovão Rosário tem o mesmo entendimento que Catarina Santos Botelho, declarando que com a revisão constitucional de 1997 abriu-se a porta à consagração de processos específicos na defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, particularmente, o recurso de amparo¹²⁹.

XII. Propostas de modificação do sistema de fiscalização concreta vigente em Portugal

Neste ponto do trabalho serão apresentadas algumas propostas de alteração do sistema de fiscalização da constitucionalidade vigente no ordenamento português, que defendem a consagração do recurso de amparo, pois entendem que este é um mecanismo que melhor protege os direitos fundamentais dos cidadãos.

Uma das sugestões passa pela adoção de um modelo concentrado, parecido com o que está consagrado na Espanha e Alemanha, cambiando o atual sistema de fiscalização português. Assim, passaria a existir um regime de reenvio prejudicial em questões de fiscalização concreta, isto é, o juiz ordinário suspenderia a instância e remeteria a questão para o Tribunal Constitucional, na circunstância de ter dúvidas a respeito da

¹²⁹ ROSÁRIO, Pedro Trovão do, “*O Recurso Constitucional de Amparo*”, in Jurismat, I, 2012, pág. 60.

constitucionalidade de uma norma. Seria eliminada a natureza difusa do sistema de fiscalização da constitucionalidade português, dado que o recurso de constitucionalidade também seria eliminado do ordenamento jurídico português, ou seja, os tribunais ordinários já não teriam competência para conhecer da inconstitucionalidade das normas. Logo, o Tribunal Constitucional ficaria com a competência exclusiva das matérias constitucionais. E com a consagração do recurso de amparo constitucional permitir-se-ia aos cidadãos o acesso ao Tribunal Constitucional por violação de decisões que violassem os seus direitos fundamentais.

Um dos autores que defende esta proposta é Jorge Reis Novais, afirmando que deve ser combinado o recurso de amparo com o reenvio prejudicial, trazendo várias vantagens. Uma das vantagens que Jorge Reis Novais aponta é a redução do número de processos instaurados no Tribunal Constitucional, pois “ *Basta considerar, por um lado, a drástica diminuição que ocorreria na fiscalização concreta se substituída pelo reenvio prejudicial com (i) a eliminação da possibilidade de utilização abusiva do instituto para fins dilatórios, (ii) com a eliminação dos fundamentos invocáveis à inconstitucionalidade material, (iii) com a necessidade de convicção da inconstitucionalidade da norma por parte do juiz comum e (iv) com o objecto da fiscalização a incidir exclusivamente sobre normas positivas em vigor e não sobre interpretação ou a construção autêntica ou presumida de normas pelo juiz comum.*”¹³⁰.

Uma segunda proposta apresentada compreende a manutenção do sistema de fiscalização da constitucionalidade vigente e a introdução do recurso de amparo de cariz concentrado. Isto significa que, os tribunais ordinários manteriam a competência de aferir da constitucionalidade das normas, deste modo acentuar-se-ia a índole do modelo difuso do sistema, e os particulares teriam a possibilidade de recorrer para o Tribunal Constitucional, nas situações em que alegassem a violação de direitos fundamentais por decisões judiciais dos tribunais judiciais. No entanto, defendem a supressão do artigo 280.º, da CRP. Esta proposta implementaria deveras um modelo misto, dado que por um permitir-se-ia aos tribunais comuns tomarem decisões definitivas da conformidade ou não constitucional das normas, na vertente difusa, e por outro lado na circunstância de haver violação ou lesão de direitos fundamentais consentir-se-ia o recurso das decisões dos tribunais judiciais para o Tribunal Constitucional.

¹³⁰ NOVAIS, Jorge Reis, “*Direitos Fundamentais: Trunfos...*”, *op. cit.*, pág.186.

A terceira proposta que tem sido defendida é a manutenção do recurso de constitucional interposto pelo Ministério Público, ou seja, não seria completamente extinto. Dessarte, os tribunais comuns manteriam a competência de conferir a compatibilidade constitucional, existindo duas possibilidades de se poder recorrer, são elas, em sede de recurso de amparo interposto por cidadãos e em sede de recurso de constitucionalidade interposto pelo Ministério Público.

Esta ideia é defendida por Sandra Lopes Luís, uma vez que defende o modelo misto de fiscalização da constitucionalidade consagrado no ordenamento jurídico português¹³¹. Afirmando que o recurso de constitucionalidade obrigatório do Ministério Público é essencial que permaneça vigente no ordenamento, dado que o recurso interposto pelo Ministério Público prossegue interesses objetivos, diversamente do recurso de amparo, visto que os objetivos deste são subjetivos.¹³²

Sandra Lopes Luís diz ainda que a consagração do recurso de amparo seria compatível com o artigo 204.º, da CRP, uma vez que a índole difusa dever ser entendida na perspectiva de que os tribunais judiciais serão os primeiros órgãos da justiça constitucional a debruçar-se acerca da questão da constitucionalidade que seja suscitada, todavia o último órgão a decidir a questão será o Tribunal Constitucional. Por isso, tal como vários autores defende um recurso de amparo com carácter subsidiário Não defendo, assim, como Jorge Reis Novais defende, um sistema de incidente no sistema de fiscalização.

XIII. Que Recurso de Amparo?

Para a consagração do recurso de amparo, ou mecanismo semelhante, em Portugal seria necessário legislar em relação a diversas questões, nomeadamente a legitimidade ativa e passiva, o objeto, os prazos, os efeitos e a tramitação processual. Também seria preciso, atendendo às experiências estrangeiras, mecanismos de filtragem acerca da admissão dos recursos de amparo.

¹³¹ “Consideramos que é útil conservar elementos difusos e concentrados no nosso sistema de fiscalização, ...” in LUÍS, Sandra Lopes, “O Recurso de Amparo: ...”, *op. cit.*, pág. 718.

¹³² “Conservaríamos uma estrutura parecida com aquela que já temos em sede de fiscalização concreta, onde se adoptam mecanismos que prosseguem interesses objectivos e outros que prosseguem interesses subjectivos.”, in LUÍS, Sandra Lopes, “O Recurso de Amparo: ...”, *op. cit.*, pág. 718.

Um desses mecanismos, que todos os autores concordam, quem defende a consagração do recurso de amparo em Portugal, é o carácter subsidiário. Devendo o cidadão esgotar a jurisdição ordinária e só depois, quando a tutela dos direitos fundamentais não tenha obtido a idónea proteção pelos tribunais judiciais, poderá recorrer ao Tribunal Constitucional, que terá a última palavra acerca de questões de constitucionalidade, ou seja, será a última instância do recurso.

Um outro mecanismo que tem sido defendido, não com unanimidade da doutrina, é um catálogo de direitos fundamentais através do qual seria possível recorrer para o Tribunal Constitucional por meio do recurso de amparo. Dessarte, José Melo Alexandrino vem defender que o recurso de amparo “*deveria permitir a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional nos casos de violação grave de um conjunto limitado de direitos, liberdades e garantias pessoais...*”¹³³, também Catarina Botelho partilha da mesma ideia pois afirma que “*... o objeto de tal recurso deveria ser restringido aos direitos, liberdades e garantias e aos direitos fundamentais de natureza análoga, ...*”¹³⁴. Todavia, na minha opinião deveriam ser possíveis de recurso os direitos, liberdades e garantias, e os direitos económicos, sociais e culturais, visto que ambos estão consagrados na constituição como direitos fundamentais.

O mecanismo que é defendido para evitar o congestionamento do Tribunal Constitucional é a introdução de um requisito objetivo de admissibilidade dos recursos de amparo é a relevância constitucional da matéria alegada. Não obstante, de se poder suscitar a questão de que se a objetivação do recurso de amparo não colocaria em causa a função de proteção dos direitos fundamentais do recurso de amparo. A verdade é que a função subjetiva do recurso de amparo prevaleceria em detrimento da função objetiva. Aliás, na opinião da Sandra Luís Lopes uma função objetiva do recurso de amparo oferece uma maior eficácia do recurso de amparo, já que a jurisprudência do Tribunal Constitucional a respeito dos direitos fundamentais seria elucidada.

XIV. Conclusão

¹³³ ALEXANDRINO, José de Melo, “*Sim ou não ao recurso ...*”, *op. cit.*, pág.49.

¹³⁴ BOTELHO, Catarina Santos, “*Haja uma nova jurisdição...*”, *op. cit.*, pág. 8.

O sistema de fiscalização da constitucionalidade vigente em Portugal necessita de uma reflexão acerca do nível de proteção que oferece aos direitos fundamentais para que se possa fazer uma reforma do sistema.

Assim, na minha opinião é necessário a consagração do recurso de amparo no ordenamento jurídico português, no entanto não é preciso que a sua implementação seja feita com urgência, visto que não podemos afirmar que os direitos fundamentais não têm um mínimo de proteção efetiva. Partilho da mesma opinião de Carlos Blanco de Moraes quando afirma que no caso de consagração do recurso de amparo em Portugal “... *essa criação não deveria jamais ter lugar antes de o instituto ser ensaiado e avaliado, no presente sistema, através de legislação orgânica experimental sujeita a uma cláusula de caducidade...*”¹³⁵, visto que nenhum mecanismo de tutela dos direitos e liberdades fundamentais irá solucionar todas as insuficiências do sistema e trará convicção absoluta.

Como já foi dito, os cidadãos têm a hipótese de recorrer para o Tribunal Constitucional, tendo este a última palavra nas questões de constitucionalidade suscitadas, depois de se verificar o caráter subsidiário, ou seja, os cidadãos terão de esgotar primeiramente as vias jurisdicionais ordinárias. Para além disso, a justiça constitucional não é o único meio de tutela dos direitos e liberdades fundamentais no ordenamento jurídico português. Um dos outros meios de proteção é o contencioso administrativo, visto que com a sua reforma foram introduzidas várias possibilidades de o cidadão recorrer de violações dos seus direitos fundamentais, um exemplo é o processo de intimidação para a proteção de direitos, liberdades e garantias.

Contudo, o recurso de amparo serviria para aprimorar e potencializar o sistema de fiscalização português, pois tal como defende Catarina Santos Botelho “...*a função do amparo não se esgota na defesa dos direitos subjetivos, mas alastra-se, igualmente, à promoção da ordem constitucional objetiva e à construção de uma sociedade democrática*”¹³⁶.

O sistema de fiscalização da constitucionalidade português só permite que normas sejam suscetíveis de fiscalização por parte do Tribunal Constitucional. Todavia, como

¹³⁵ MORAIS, Carlos Blanco de, “*Justiça Constitucional, Tomo II- O contencioso constitucional português, entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 1061.

¹³⁶ BOTELHO, Catarina, “*Haja uma nova jurisdição...*”, *op. cit.*, pág. 8.

referido, o Tribunal Constitucional tem tido uma jurisprudência amiga dos direitos fundamentais, visto que adota que conceito formal e funcional da norma e fiscaliza a interpretação concreta que o juiz ordinário faz de determinada norma. Por esse motivo, Maria Lúcia Amaral defende que existe um quase- amparo em Portugal.

Não obstante, de o sistema de fiscalização vigente em Portugal tutelar os direitos e liberdades fundamentais, o mesmo não é efetivo, tendo insuficiências. Por isso, a introdução do recurso de amparo no ordenamento jurídico possibilitaria que independentemente da forma de violação dos direitos fundamentais, estes estariam protegidos; que os cidadãos não tivessem sujeitos à jurisprudência bondosa do Tribunal Constitucional e/ou ao mérito de um bom advogado, trazendo ao ordenamento jurídico uma maior firmeza e segurança jurídica; um maior reconhecimento “lá fora” do sistema de fiscalização, visto que com a consagração do recurso de amparo os cidadãos já não teriam de interpor uma petição individual no Tribunal de Estrasburgo, conferindo uma maior eficácia do modelo português, e o Estado Português não observava as sucessivas condenações de que tem sido alvo; entre outras vantagens.

O recurso de amparo teria de respeitar as características da subsidiariedade, extraordinariedade e conter dimensões objetiva e subjetivas. Para objetivar o recurso de amparo, o requisito da relevância constitucional seria adequado, dado que teríamos decisões úteis.

O objeto do recurso de amparo faz para mim todo o sentido que todos os direitos fundamentais, os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos e sociais, serem admissíveis no recurso de amparo.

A consagração do recurso de amparo no ordenamento jurídico-constitucional não precisaria de uma revisão constitucional, dado que a constituição consagra o princípio da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, no artigo 18.º, n.º 1, a tutela do direito ao acesso ao Direito e aos tribunais, segundo o artigo 20.º, n.º 1, e no n.º 5 do artigo 20.º consagra o “*direito a uma tutela jurisdicional efetiva*”. Estes fundamentos constitucionais favoráveis à opinião da introdução do recurso de amparo em Portugal, permitem ia consagração do recurso de amparo apenas com uma revisão da LOTC, pois à luz do artigo 223.º, n.º 3, da CRP o Tribunal Constitucional pode “...*exercer as demais funções que lhe sejam atribuídas pela Constituição e pela Lei*”. Assim se a LOTC atribuísse ao Tribunal Constitucional a competência de apreciar os recursos de amparo não seria

necessária uma revisão constitucional. Todavia, na minha opinião seria aconselhável que a introdução do recurso de amparo seja realizada através de uma revisão constitucional, uma vez que trará mais clareza e segurança jurídica.

Das várias propostas que os autores apresentam para uma possível alteração do sistema de fiscalização da constitucionalidade português, a que me parece mais idónea será a que Jorge Reis Novais defende, isto é a implementação do reenvio judicial mais a consagração do recurso de amparo. Nesta situação o Tribunal Constitucional passaria a ter a exclusividade da competência de questões constitucionais¹³⁷, eliminando o recurso de constitucionalidade. Segundo esta proposta, o sistema passaria a funcionar do seguinte modo: quando fosse suscitada uma questão constitucional o tribunal ordinário suspenderia o processo e reencaminhava a questão para o Tribunal Constitucional, pelo que os cidadãos teriam ainda a possibilidade de interpor recurso de amparo, diretamente, perante o Tribunal Constitucional de decisões que violassem ou lesassem direitos ou liberdades fundamentais, cumprindo todos os mecanismos de filtragem mencionados, evitando assim o congestionamento do Tribunal Constitucional, uma das críticas feitas ao recurso de amparo. Em relação às outras propostas, a que defende a consagração do recurso de amparo sem qualquer alteração no sistema de fiscalização da constitucionalidade não aparenta ser apropriada dado que muito provavelmente levaria ao entupimento do Tribunal Constitucional. No entanto, a proposta que defende a introdução do recurso de amparo mais a eliminação do artigo 280.º, da CRP, não é descabida, pois manteríamos o modelo difuso, continuando os tribunais ordinários a resolver matérias de constitucionalidade.

Não nos encontramos num terreno plano, pelo que existirão dificuldades ao longo do percurso que será necessário percorrer, no entanto esperamos que este estudo ajude na evolução da questão abordada.

XV. Bibliografia

¹³⁷ Possibilitando o Tribunal Constitucional ser considerado um tribunal dos direitos fundamentais, pois como diz José Melo Alexandrino ““*O TC português não é um “Tribunal de direitos fundamentais”! não o foi no momento constituinte (pois estava ocupado pelo Conselho da Revolução), não o é no texto constitucional (artigos 221.º e 223.º, n.º 2), não o é na Lei do Tribunal Constitucional (artigos 6.º ao 11.º-A) e tão pouco o é na prática ou na autorrepresentação institucional do próprio órgão supremo de justiça constitucional.*”, in ALEXANDRINO, José de Melo, “Sim ou não ao recurso de amparo”, in *Julgar*, nº 11, 2010 (maio-agosto), Coimbra, Coimbra Editora, pág. 42

- ✓ AGUILAR, Francisco, “*Direito ao recurso, graus de jurisdição e celeridade processual*”, in *O Direito*, 138º, Vol. II, Almedina, 2006, pp. 295 a 311;
- ✓ ALEXANDRINO, José de Melo, “Sim ou não ao recurso de amparo”, in *Julgar*, nº 11, 2010 (maio-agosto), Coimbra, Coimbra Editora, pp 41 a 49;
- ✓ AMARAL, Maria Lúcia, “*Acesso de particulares à jurisdição constitucional*”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Dr. Jorge Miranda*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 699 a 723;
 - “*Problemas da Judicial Review em Portugal*”, in *Themis*, 10, 2005, pp. 67 e ss;
 - “*Queixas constitucionais e recursos de constitucionalidade (uma lição de «Direito Público Comparado»*”, in *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 473 a 501;
- ✓ ANDRADE, Viera de “*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*”, 2.ª edição, Coimbra, 2001;
- ✓ ARAÚJO, António de “*A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional*”, in *Análise Social*, nº 134, Lisboa, 1995, pp.881 e ss;
- ✓ BEILFOSSE, Marks González, “*La especial transcendência constitucional de las demandas de amparo. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre un concepto etéreo*”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 107, ano n.º 36, 2016, pp. 333 a 367;
- ✓ BOTELHO, Catarina Santos, “*A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais- Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*”, Almedina, 2010.
 - “*Haja uma nova jurisdição constitucional*”, consultado online em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112724, no dia 24 de abril de 2018, às 22h15min.
- ✓ BRITO, Wladimir, “*O amparo constitucional*”, in *Direito e Cidadania*, Praia, ano III, nº 7, 1999, pp. 9 a 33;
- ✓ CASTRO, Catarina Sarmento e, “*O modelo português de justiça constitucional*”, *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, Coimbra, 20071;

- ✓ CORREIA, Fernando Alves, “*A justiça constitucional em Portugal e em Espanha. Encontros e divergências*”, in *Dereito: Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. Vol. 7, nº.2, 1998, pp. 33 a 70;
- ✓ CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes, “*Recurso de Amparo- Um Instituto Fundamental*”, dissertação de Mestrado Forense apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa de Lisboa, 2014.
- ✓ DÍAS, Ana Espinosa, “*El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma*”, in *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2010, download disponível em http://www.indret.com/pdf/722_es.pdf, acedido a 30 de junho de 2018, às 22h25min;
- ✓ DÍEZ-PICAZO, Luis María, “*Dificultades practicas y significado constitucional del Recurso de Amparo*”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, n.º 40, 1994, pp. 9 a 37.
- ✓ DURÁN, Manuel Carrasco, “*El concepto constitucional del recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo*”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, nº 63, 2001, pp. 79 a 127;
- ✓ FALCÃO, Paula Margarida Tavares, “*Sistema de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade em Portugal*”, dissertação de Mestrado Jurídico Forense apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa de Lisboa, 2013;
- ✓ FIDALGO, Patricia Fabreiro, “*El nuevo recurso de amparo constitucional*”, in *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 102, (mayo- agosto), 2015, pp. 161 a 181;
- ✓ GARCÍA, Alfonso Herrera, “*La reforma del Recurso de Amparo en la ley orgánica del Tribunal Constitucional Español perspectivas de su funcionalidad frente a las leyes*”, in *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones de la UNAM (Universidad Nacional Autónoma de México)*, download disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3455/15.pdf>, no dia 15 de abril de 2018, às 14.58;
- ✓ HÄBERLE, Peter, “*O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional*”, in *Sub Iudice*, nº 20/21, 2003, pp 33 a 63;
- ✓ Kelsen, Hans, “*Quem deve ser o guardião da Constituição?*”, in *Jurisdição Constitucional*, Martins Fontes, São Paulo, 2003.

- ✓ LUÍS, Sandra Lopes, “*O Recurso de Amparo: uma solução possível? - contributo para o estudo da compatibilização do recurso de amparo com o sistema de fiscalização da constitucionalidade português*”, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Vol. III, Coimbra, 2012, pp. 703 a 726;
- ✓ MATA, António Cano, “*El recurso de amparo (doctrina del Tribunal Constitucional)*”, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1983;
- ✓ MEDEIROS, Rui, “*A decisão de inconstitucionalidade- Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999;
- ✓ MIRANDA, Jorge, “*Constituição Portuguesa Anotada*”, Tomo I, Coimbra Editora, 2005.
 - _ “*Fiscalização da Constitucionalidade*”, Almedina, 2017;
 - _ “*O Tribunal Constitucional Português em 1997*”, in Jornadas Luso-Espanholas de Derecho Constitucional, Mérida, 1999, pp. 64 a 91;
 - _ “*Manual de Direito Constitucional*”, Tomo VI: Inconstitucionalidade e garantia da Constituição, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- ✓ MORAIS, Carlos Blanco de, “*Justiça Constitucional, Tomo II- O contencioso constitucional português, entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2005;
 - _ “*Fiscalização da constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais: apontamentos sobre os passos de uma evolução subjectivista*”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Coimbra, 2003;
- ✓ MOREIRA, Vital, “*O Tribunal Constitucional Português: a “Fiscalização Concreta” no Quadro de um Sistema Misto de Justiça Constitucional*”, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume Comemorativo, Coimbra, 2003.
- ✓ MÜCH, Ingo Von, “*El Recurso de Amparo Constitucional como instrumento jurídico y politico en la Republica Federal de Alemania*”, download disponível em: <file:///C:/Users/daniela/Downloads/Dialnet-ElRecursoDeAmparoConstitucionalComoInstrumentoJuri-1427335.pdf>, acedido a 10 de novembro de 2017, às 17.34. ;
- ✓ NOVAIS, Jorge Reis, “*Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2012;

- _ “*Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2006;
- _ “*Em defesa do recurso de amparo constitucional*”, in Themis, 10, 2005, pp. 91 e ss;
- _ “*Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2.º Edição, 2010;
- _ “*Sim ou não ao recurso de amparo*”, in Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil, Coimbra-Lisboa-São Paulo, Almedina, 2012, pp. 243 a 250;
- _ “*Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade- avaliação crítica*”, Lisboa, AAFL, 2017;
- ✓ ROQUE, Miguel Prata, “*Fiscalização Sucessiva Concreta*”, in Enciclopédia da Constituição Portuguesa, Quid Juris, 2013, pp.165 a 168.
 - _ “*Inconstitucionalidade por ação*”, in Enciclopédia da Constituição Portuguesa, Quid Juris, 2013, pp. 201 a 203;
- ✓ PALMA, Maria Fernanda, “*Constituição e justiça: novos problemas para a justiça constitucional*”, in Themis, 1, 2000;
- ✓ RAMOS, Mario Hernández, “*El amparo constitucional. Doctrina y problemas actuales. La admisibilidad del recurso*”, download disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5157768>, acedido a 27 de junho de 2018, às 15h35min;
- ✓ REGO, Carlos Lopes do, “*Os recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*”, Coimbra, Almedina, 2010;
- ✓ REYES, Manuel Aragón, “*Problemas del Recurso de Amparo*”, in Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, nº. 8, 2003, pp. 53 a 74;
- ✓ ROSÁRIO, Pedro Trovão do, “*O Recurso Constitucional de Amparo*”, in Jurismat, I, 2012, pp. 703 e ss;
- ✓ SAMPAIO, Jorge, “Discurso de SEXA o PR por ocasião da Sessão Solene Comemorativa do XX Aniversário do Tribunal Constitucional”, Mosteiro dos Jerónimos, 27 de novembro de 2003, download disponível em: <http://jorgesampaio.arquivo.presidencia.pt/pt/noticias/noticias/discursos-1015.html>, acedido a 18 de abril de 2018, às 11h57min;

- ✓ SILVA, Cláudia Alexandra dos Santos, “*Um recurso de amparo em Portugal?*”, in O Direito, ano 149, III, 2017, pp. 653 a 687;
- ✓ SEGADO, Francisco Fernández, “*El Recurso de Amparo en España*”, download disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/421/414> ,
acedido a 1 de julho de 2018, às 21h47min;
- ✓ VILLALÓN, Pedro Cruz, “Sobre el amparo”, in Revista Española de Derecho Constitucional, año 14, n.º 41, Mayo - Agosto, 1994, pp. 9 a 23.